

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO E EVOLUÇÃO SOCIAL

WANK REMY DE SENA MEDRADO

A DETRAÇÃO PENAL NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS
DIVERSAS DA PRISÃO

Rio de Janeiro

2015

WANK REMY DE SENA MEDRADO

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito Público e Evolução
Social pela Universidade Estácio de Sá.

A DETRAÇÃO PENAL NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS
DIVERSAS DA PRISÃO

Orientador: Rogério José Bento Soares do Nascimento, Ph. D.

Rio de Janeiro

2015

M492d Medrado, Wank Remy de Sena

Detração penal nas medidas cautelares pessoais diversas da prisão / Wank Remy de Sena Medrado – Rio de Janeiro, 2015.

179f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Estácio de Sá, 2015.

1. Direito penal. 2. Execução penal. 3. Medidas cautelares. 4. Prisões. 5. Sistema jurídico. I. Título.

CDD 341.5



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

**A DETRAÇÃO PENAL NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA
PRISÃO**

elaborada por


WANK REMY DE SENA MEDRADO

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 29 de abril de 2015.

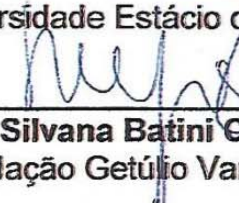
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rogério José Bento Soares do Nascimento – Presidente
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida
Universidade Estácio de Sá



Profa. Dra. Silvana Batini Cesar Góes
Fundação Getúlio Vargas

Dedico este trabalho a todos aqueles que, com um gesto ou uma palavra contribuíram para a sua conclusão, incentivando meu crescimento profissional e pessoal.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me convidado para a festa da vida e ainda, por permitir que eu evolua durante esta passagem.

Agradeço a meus pais, Maninho Medrado (*in memoriam*) e Raimunda Sena por terem com paciência me ensinado os primeiros passos da vida. A meus irmãos pela convivência saudável.

Meus sinceros agradecimentos a meu Orientador, Professor Doutor Rogério José Bento Soares do Nascimento pela diferenciada contribuição para a conclusão do presente trabalho.

Saúdo também os Professores Fábio Corrêa e Nilton Flores pela primeira acolhida.

Agradeço a todos integrantes da Faculdade Guanambi, especialmente a Fernanda, Georgheton e Felipe pela receptividade que me ofertaram.

Agradeço a todos os colegas Mestrados pela troca de experiências, pelo aprendizado e pela cooperação.

Faço também um justo agradecimento a meu primo Vilterney Medrado que me transportou nas viagens de Juazeiro, Bahia a Guanambi, Bahia onde as aulas eram ministradas presencialmente. Afinal, foram percorridos aproximadamente 30.000 km de carro ao longo de 15 viagens sem que eu sentisse a mínima necessidade de desistir no meio da rota.

Por fim, agradeço a minha esposa (Ana Letícia) e a meu filho (Matheus Remy) pelo tempo que subtraí deles em função da dedicação necessária ao mestrado.

RESUMO

A investigação centrou-se na análise da possibilidade de detração penal nas medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Identificou-se que as prisões cautelares tutelam o bom desenvolvimento do processo. Bem assim, o legislador ao editar a Lei n. 12.403/2011, previu que as medidas cautelares diversas da prisão também possuiriam a finalidade de preservação do andamento regular do caderno processual. Por isso, para a manutenção da integridade e coerência do sistema jurídico não há qualquer impedimento em se admitir a detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão. O estudo do tema proposto exigiu a realização de várias visitas a temas correlatos, como por exemplo, princípios, espécies de prisão, poder geral de cautela etc. Mesmo diante da omissão legislativa, foi possível identificar dentro do sistema jurídico vigente critérios hábeis a embasar a detração penal.

PALAVRAS-CHAVE: Detração Penal. Medidas Cautelares Pessoais. Cumulação de Medidas. Lei n. 12.403/2011. Prisões Provisórias. Poder Geral de Cautela. Sistema Jurídico.

ABSTRACT

The research focused on the analysis of the possibility of criminal detraction in various personal protective measures from prison. It was identified that the precautionary arrests oversee the smooth running of the process. As well, the legislature when editing the Law n. 12.403 / 2011, predicted that the various precautionary measures from prison also possess in order to preserve the regular procedural notebook progress. Therefore, to maintain the integrity and coherence of the legal system there is no impediment to be admitted to criminal detraction in the various precautionary measures from prison. The proposed theme of the study required the realization of several visits to related topics, such as principles, prison species, general power of caution etc. Even before the legislative omission, could be identified within the legal system in force skilled criteria to base the penal detraction.

KEYWORDS: Detraction Criminal. Precautionary Measures Personal. Cumulation Measures. Law n. 12.403 / 2011. Provisional Arrests. General Power of Caution. Legal System.

LISTA DE SIGLAS

ABNT	- Associação Brasileira de Normas Técnicas
CF	- Constituição Federal
CP	- Código Penal
CPP	- Código de Processo Penal
CPC	- Código de Processo Civil
CC	- Código Civil
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 DIREITO DE PUNIR	18
1.1 LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PUNIR.....	20
1.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES AO DIREITO DE PUNIR.....	22
1.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS PENAS..	23
1.2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL.....	25
1.2.3 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL OU PRINCÍPIO DA INTRASCEDÊNCIA DA PENA.....	29
1.2.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	30
1.2.5 PRINCÍPIO DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS.....	31
1.2.6 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	33
1.2.7 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PERSECUÇÃO PENAL MÚLTIPLA (NE BIS IN IDEM)	34
2 MEDIDAS CAUTELARES PENAIS	36
2.1 PRINCÍPIOS INFORMADORES DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	40
2.1.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	40
2.1.2 PRINCÍPIOS DA LIBERDADE	43
2.1.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	44
2.1.4 PRINCÍPIO DA JUDICIALIDADE	46
2.1.5 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO	48
2.1.6 PRINCÍPIO DA PROVISIONALIDADE.....	50
2.1.7 PRINCÍPIO DA PROVISORIEDADE.....	51
2.1.8 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	52
2.1.9 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	55

2.1.10 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PRISÃO.....	56
2.2 CARACTERÍSTICAS.....	60
2.2.1 JURISDICIONALIDADE.....	60
2.2.2 ACESSORIALIDADE.....	61
2.2.3 PREVENTIVIDADE.....	61
2.2.4 INSTRUMENTALIDADE HIPOTÉTICA.....	62
2.2.5 PROVISORIEDADE.....	63
2.2.6 REVOGABILIDADE.....	64
2.2.7 REFERIBILIDADE.....	65
2.3 CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	66
2.3.1 MEDIDAS CAUTELARES PROBATÓRIAS.....	68
2.3.1.1 A BUSCA E APREENSÃO.....	69
2.3.1.2 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA.....	70
2.3.2 MEDIDAS CAUTELARES REAIS OU PATRIMONIAIS.....	72
2.3.2.1 SEQUESTRO.....	73
2.3.2.2 ARRESTO.....	74
2.3.2.3 HIPOTECA LEGAL.....	76
3. DAS PENAS: CONCEITO E NOTÍCIAS.....	78
3.1 DISTINÇÃO ENTRE PRISÃO - PENA E PRISÃO PROCESSUAL	79
3.2 A CRISE DA PENA DE PRISÃO.....	80
4. MODALIDADES DE PRISÃO CAUTELAR: NOTÍCIAS.....	83
4.1 A PRISÃO EM FLAGRANTE.....	87
4.1.1 A COGNIÇÃO JUDICIAL DO FLAGRANTE E SUA NATUREZA JURÍDICA.....	87
4.2 A PRISÃO TEMPORÁRIA.....	88

4.2.1 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA.....	89
4.2.2 OBJETO.....	90
4.2.3 REQUISITOS NECESSÁRIOS À DECRETAÇÃO.....	91
4.2.4 DURAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA.....	93
4.3 A PRISÃO PREVENTIVA.....	94
4.3.1 OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA.....	95
4.3.1.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	97
4.3.1.2 GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA.....	100
4.3.1.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.....	100
4.3.1.4 ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	101
4.4 SITUAÇÕES DE ADMISSIBILIDADE.....	102
4.4.1 NOS CRIMES DOLOSOS PUNIDOS COM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS	104
4.4.2 SE TIVER SIDO CONDENADO POR OUTRO CRIME DOLOSO, EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO.....	105
4.4.3 SE O CRIME ENVOLVER VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.....	107
4.4.4 QUANDO HOVER DÚVIDA SOBRE A IDENTIDADE CIVIL DA PESSOA.....	109
4.4.5 A PRISÃO PREVENTIVA PODERÁ SER DECRETADA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS.....	110
4.5 CONTRADITÓRIO NA DECRETAÇÃO.....	115
4.6 A REPERCUSSÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO SOBRE O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	116
4.7 PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA OU MANTIDA EM FACE DA DECISÃO DE PRO9NÚNCIA.....	119

4.8 A PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA OU MANTIDA EM FACE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL.....	121
4.9 PRISÃO DOMICILIAR.....	123
5. MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO.....	127
5.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO.....	128
5.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES.....	131
5.3 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA.....	134
5.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA OU DO PAÍS.....	135
5.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA.....	138
5.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA.....	140
5.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA EM CASO DE INIMPUTÁVEL OU SEMI-IMPUTÁVEL.....	142
5.8 FIANÇA PARA ASSEGURAR O COMPARECIMENTO DO IMPUTADO A ATOS DO PROCESSO.....	145
5.9 MONITORAMENTO ELETRÔNICO.....	148
6. CUMULAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO.....	153
7. PRAZO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO..	155
8. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL.....	157
9. A DETRAÇÃO PENAL NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO.....	160
CONCLUSÃO	165
REFERÊNCIAS	170

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado, contextualizada na linha de pesquisa sobre acesso à justiça e efetividade do processo, tem como objetivo investigar se dentro do sistema jurídico brasileiro é possível a aplicação do instituto da detração penal nas medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Referida inquietação deve-se ao fato de que recentemente o ordenamento jurídico interno a partir de reforma introduzida pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011 passou a admitir em substituição da medida prisional cautelar a aplicação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão quebrando assim, a bipolaridade até então vigente entre prisão e liberdade provisória. Ante a tais constatações, é possível durante a incursão teórica comprovar a necessidade da aplicação do instituto da detração penal nas medidas cautelares pessoais substitutivas da prisão.

A forma mais comum de medida cautelar pessoal entre nós era até então a prisão provisória do indiciado ou acusado da prática do crime. Ocorre que nos últimos anos esse modelo de medida cautelar passou a ser questionado pela sociedade em geral, haja vista que não estava atendendo a sua precípua finalidade ressocializadora. Dessa forma, o legislador brasileiro, atento à necessidade de criação de um novo modelo que pudesse deixar a prisão provisória como a última providência no direito processual penal, resolveu através do diploma legal apontado inserir no nosso ordenamento jurídico, entre outras alterações, um rol de medidas alternativas à prisão para que de alguma forma se pudesse emprestar maior efetividade às decisões tomadas dentro do processo penal brasileiro.

A chegada de uma nova Lei sempre provoca, além das alterações ordinárias, importantes repercussões em outros dispositivos, seja ab-rogando ou derogando, seja exigindo uma reinterpretação com o fito de ajustar o ordenamento já existente aos novos preceitos. Por isso, o papel do intérprete revela-se de extrema importância. Inclusive, conforme explicita Maximiliano: ninguém ousará dizer que a música escrita, ou o drama impresso, dispensam o talento e o preparo do intérprete. Este não se afasta da letra, porém dá ao seu trabalho cunho pessoal, e faz ressaltarem belezas imprevistas. Assim o juiz: introduz pequenas e oportunas graduações, matizes vários no texto expresso, e, sob a aparência de o observar à risca, em verdade o melhora, adapta às circunstâncias do fato concreto, aproxima do ideal do verdadeiro Direito. ¹

¹ MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Forense, 2008, p. 83.

A partir do raciocínio acima descrito, foram incorporadas ao sistema processual penal doméstico as seguintes medidas pessoais diversas da prisão: I. comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II. proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III. proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado dela permanecer distante; IV. proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V. recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos; VI. suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII. internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art.26 do CP) e houver risco de reiteração criminosa; VIII. fiança, nas infrações que admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX. monitoração eletrônica; X. prisão domiciliar; e, XI. proibição de ausentar-se do país.

Com o advento da novel legislação diversos princípios e garantias constitucionais foram reforçados, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana, o da ampla defesa, o do contraditório, o da não culpabilidade, o da motivação das decisões judiciais, o da proporcionalidade, entre outros não menos importantes. Consagrou-se, em última instância, o entendimento de que o aprisionamento antes da sentença penal condenatória definitiva, por meio da prisão provisória, passou a ser a *ultima ratio*.

A prática forense demonstrou que a maioria dos magistrados sempre fez uso da prisão cautelar em dosagem excessiva, divorciando-se, em grande medida do uso da proporcionalidade ao adotar a medida odiosa.

As críticas pontuais a respeito da falta de fiscalização das medidas cautelares diversas da prisão devem ser suprimidas a partir do olhar que se volta à ineficiência na decretação da prisão preventiva, posto que, na maioria das vezes desagua em excesso de prazo, haja vista a notória morosidade da justiça, que estende em demasia o lapso temporal entre a demanda e a decisão definitiva. Com isso, revela-se estéril qualquer

objeção que consista neste particular, pois, não raro, os magistrados decretavam a medida de aprisionamento cautelar e não davam o necessário impulso ao processo que culminava com a libertação do preso provisório após a verificação do excesso prazal. Frise-se, que havia uma banalização na utilização desmedida da prisão provisória, sendo este, fato determinante para a criação das medidas alternativas à prisão.

Ademais, não se pode perder de vista, que o novo diploma legal consiste em certo aspecto em simbolizar uma tentativa de corrigir o grave problema da população carcerária que habita o nosso sistema penitenciário. Isto porque, o nosso quadro penitenciário destaca a existência de um percentual muito alto de presos provisórios e, com a adoção da referida medida haverá uma economia de recursos públicos destinados à manutenção dos estabelecimentos prisionais.

A substituição da prisão preventiva por medida pessoal diversa do aprisionamento traz no seu bojo, inegável conteúdo de limitação a direitos do beneficiário dessas medidas. Desta forma, não pode passar ao largo o cumprimento de limitações sem que o estado deva compensá-las na sua justa medida.

A confecção da dissertação é apoiada nas teorias gerais do direito penal e processual penal e tem por objetivo propiciar o entendimento das principais nuances das medidas cautelares pessoais introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei n° 11.404/2011, permitindo através da construção de bases sólidas o preenchimento da omissão legislativa quanto à possibilidade de detração penal nas medidas cautelares pessoais efetivamente impostas e cumpridas pelo investigado ou acusado.

Nesse momento, resta fazer a seguinte indagação: seria justo o Estado limitar a liberdade do investigado ou acusado por meio da aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão e negar um desconto proporcional na pena definitiva aplicada à sentença penal condenatória? Afinal, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.²

Para responder a esta questão e a outras também importantes, o presente trabalho

² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 127.

foi dividido em quatro momentos distintos. No primeiro momento será examinado o direito de punir do Estado, que nasce em concreto a partir do instante em que o indivíduo viola a norma penal, ficando exposto à aplicação de pena proporcional à gravidade do crime. Na segunda análise, serão estudados os princípios que informam o estudo da detração penal e das medidas cautelares. No terceiro momento, será analisada a detração penal como instituto de desconto na prisão provisória e nas medidas cautelares pessoais diversas da prisão com suas características, fundamentos e finalidades. Por fim, no quarto momento, será realizado o exame das medidas cautelares penais diversas do aprisionamento no direito brasileiro com todas as suas implicações.

O presente trabalho não tem a pretensão de exaurir a matéria, mas investigar se as mudanças geradas pela Lei nº 11.403/2011 no tocante às medidas cautelares penais de natureza pessoal, ante a omissão legislativa a respeito da detração penal podem ser alvo do desconto previsto no art.42 do Código Penal, haja vista a incontestável limitação a direitos quando da substituição da prisão provisória por medidas cautelares pessoais. Ademais, resta importante o estabelecimento de critérios para que o desconto penal possa se operar, caso seja possível.

1. DIREITO DE PUNIR

O Estado, na manifestação de seu poder jurisdicional, de aplicar o direito objetivo aos fatos concretos, cumpre sua função repressiva ao punir o autor de um fato criminoso. O ato de punir é exigido pela sociedade que se pretende estável, dentro das regras de convivência.³

Há muito o Estado chamou para si a função de resolver os conflitos interindividuais. Para isso, lançou mão de diversos instrumentos legais capazes de operacionalizar a aplicação e efetivação do chamado *ius puniendi*. Nesta quadra do conhecimento científico sobre o Direito, é reconhecido o entendimento de que não há sociedade sem direito, ou como diziam os romanos, *ubi societas ibi jus*. A relação entre sociedade e direito está na função disciplinadora que este exerce sobre aquela. A reconhecida ordem jurídica tem por finalidade estabilizar as relações sociais por meio do controle social para que a paz social possa reinar sem sobressaltos.

A existência do Direito por si só não é capaz de exterminar os conflitos que podem vir a surgir entre os integrantes de determinado corpo social. A tensão social gerada pela prática de um ato antissocial modernamente desafia a intervenção do Estado-Juiz que atua com o objetivo de recompor os interesses divergentes a partir da declaração de vontade concreta do ordenamento jurídico. Mas nem sempre foi assim, nas fases primitivas da civilização humana, inexistia um Estado suficientemente forte e organizado para enfrentar os dissídios sociais. A ausência de um Estado soberano, com leis e autoridade para garantir a resolução dos conflitos havidos entre os componentes do seu grupo social, fez com que os indivíduos buscassem o uso da própria força para fazer valer a satisfação de suas pretensões. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou para si o *jus punitiois*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas.⁴ A sociedade precisa da estrutura do poder e do exercício da força do poder para que haja controle social e imposição de condi-

³ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67

⁴ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27

ções aos indivíduos no exercício de suas atividades. Porém, há limitação ao poder, necessária ao equilíbrio social. O poder ilimitado torna-se despótico e incoercível, sobrepujando os indivíduos, espezinhando-os, tutelando-os exageradamente, causando a revolta e a indignação.⁵

Para que se possa conviver harmoniosamente em sociedade, é necessária a criação de regras básicas de convivência. Os Poderes legalmente constituídos devem ditar as normas de convivência harmônica. Sabemos que hodiernamente ainda existem sociedades dirigidas por regimes ditatoriais, antidemocráticos, que se utilizam do argumento da força para a imposição de seus ideais egoísticos. Superando esses regimes totalitários, nas sociedades democráticas o poder de criar normas não é ilimitado, pois sofre a vigilância das limitações, posto que as normas concebidas, em muitas vezes, geram direitos e também obrigações.

No que diz respeito especificamente às normas de natureza penal, destaca-se o chamado *ius puniendi*, que pode ser entendido tanto em *sentido objetivo*, quando o Estado, através de seu Poder Legislativo, e mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria as normas de natureza penal, proibindo ou impondo determinado comportamento, sob a ameaça de uma sanção, como também em *sentido subjetivo*, quando esse mesmo Estado, através do seu Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico, ilícito e culpável.⁶

Essa conclusão de nada adiantaria se não estivéssemos frente a um Estado de Direito, onde esse *ius puniendi* encontrasse a sua fonte de validade. Somente em um Estado de Direito o indivíduo encontrará a segurança jurídica necessária. A expressão Estado de Direito, tal como vem sendo utilizada desde a primeira metade do século XIX (desde Bluntschli), carrega sempre uma intenção valorativa. Ela indica uma especial vinculação, um especial compromisso: trata-se de um Estado que tem, no direito (ou seja, no chamado ordenamento jurídico) e em especial na Constituição, seu fundamento e ao

⁵ ROSAS, Roberto. *Do abuso de direito ao abuso de poder*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 12

⁶ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19

mesmo tempo sua limitação.⁷

O palco da jurisdição é o Estado. Portanto, compreender o modo como a pretensão de punir é contida, ritualizada e materializada pela via do processo penal, que se acredita capacitado a atuar de acordo com o princípio democrático, passa por compreender o Estado que organiza e administra a prestação jurisdicional como um todo e a criminal em particular.⁸

1.1 LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PUNIR

Entre os conceitos mais característicos legados pela teoria política e constitucional medieval, acha-se o do *direito de resistência*. De um modo geral a ideia era a de que ao povo cabia o direito, senão mesmo o dever, de se insurgir contra o tirano, ou seja, contra o monarca que quebrasse sua parte de deveres em face do pacto fundamental que o unia ao povo. Em princípio, a submissão do poder real ao *direito* era correlata à concepção de um equilíbrio de deveres. Nos séculos XI e XII o tiranicídio foi defendido com sérios argumentos por Manegold de Lauterbach e por João de Salisbury. Na medida em que os juristas e escritores políticos medievais aludem à supremacia do Direito e dizem ser o povo a fonte de todo poder, consolida-se a ideia da necessidade de conter a ação monarca e de *resistir ao tirano*.⁹

O termo secularização designa os processos pelos quais a cultura ocidental, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a moral eclesiástica e as doutrinas filosóficas – processo igualmente nominado como laicização do saber. No campo do conhecimento científico moderno (inclusive no jurídico), significa a ruptura, (em tese) radical e irreversível, com a legitimação teológica das formas de produção do saber.¹⁰

No campo dos saberes e das práticas punitivas, o processo secularizador que emer-

⁷ SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 88

⁸ NASCIMENTO, Rogério J. B. Soares do. *Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15

⁹ SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 33-34

¹⁰ CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241

ge com a Modernidade é resultado, sobretudo, da reação humanista contra o *estilo inquisitório*. A explicação dos fenômenos mundanos por meio das doutrinas eclesiásticas e as fundamentações teológicas do poder político e do saber científico (jusnaturalismo teológico) vincularam, ao longo do medievo, as categorias *direito e moral*, resultando no campo particular do saber penal, a associação entre *delito e pecado*. Com o passar do tempo foi-se percebendo que o princípio secularizador gerou uma ruptura entre o modelo inquisitorialista recheado de aspectos morais e fez surgir uma categoria identificada como sistemas de garantias ou, simplesmente, *garantismo penal*.¹¹

A justificação e a configuração do direito a partir da moral (sistema inquisitorial) não apenas possibilitaram a ingerência do sistema punitivo na vida íntima e privada das pessoas, mas ampliaram as teias da persecução criminal à esfera do pensamento, das convicções, das crenças e das opções individuais. Assim, ao agregar moral e direito, o *estilo inquisitório* consagrou uma espécie híbrida de ilícito, parcialmente eclesiástico (pecado) e parcialmente civil (delito) representada pelo conceito de *heresia*.¹²

Destaca Voltaire¹³, que a *heresia* pode ser definida como “opinião diferente do dogma aceito em dado local”. E que durante séculos de ignorância, superstição, fraude e barbárie, a Igreja, que sabia ler e escrever, ditou leis a toda Europa, que só sabia beber, brigar e confessar-se aos monges. Aos príncipes que ungia, a Igreja impunha o juramento de extermínio de todos os hereges; ou seja, os soberanos deviam jurar, em sua sagração que matariam quase todos os habitantes do universo, pois quase todos tinham uma religião diferente da sua.

A laicidade estatal, que é adotada na maioria das democracias ocidentais contemporâneas, é um princípio que opera em duas direções. Por um lado, ela salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do estado nas suas questões internas, concernentes a aspectos como valores e doutrinas professados, a forma de cultuá-los, a sua organização institucional, os seus processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos seus sacerdotes e membros, etc. Do outro lado, a laicida-

¹¹ CARVALHO, Salo. *Op. Cit.*, p. 241.

¹² Idem, p. 242.

¹³ VOLTAIRE, 1694-1778. *O preço da justiça*. Trad. De: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 28.

de também protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático, em que estão investidas as autoridades públicas, e qualquer confissão religiosa, inclusive a majoritária.

14

No Brasil, o processo de laicização é declarado pela Constituição Federal de 1891 (art.11, parágrafo 2º), quando abandona de vez a ideia de religião oficial que até então era contemplada na Carta Magna de 1824. Não obstante, o reconhecimento só se verifica efetivamente, a partir de 07 de janeiro de 1890, com a edição do Decreto 119-A. Atualmente, a Carta Política vigente também agasalhou o princípio da laicidade no seu art.19, inciso I, segundo o qual é vedado a todas as entidades da federação “*estabelecer cultos religiosos ou subvencioná-los, embarçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público*”. É no Estado Constitucional e Democrático de Direito que o *ius puniendi* encontra seus fundamentos de validade, também será nele que encontrará suas limitações. O Estado, embora tenha capacidade para editar normas proibindo ou impondo comportamentos sob a ameaça de uma sanção de natureza penal, não pode levar a efeito a criação típica de maneira indiscriminada.¹⁵

Dentro da concepção de um Estado de Direito, os princípios penais fundamentais, expressos ou implícitos nos textos constitucionais, atuam como verdadeiros freios internos do direito de punir do Estado, tendo todos eles como princípio - mãe o da dignidade da pessoa humana.

1.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES AO DIREITO DE PUNIR

É consenso, que todos os ramos do direito são calçados por princípios fundantes. No cenário jurídico-penal, os mandamentos de otimização são encontrados na própria Carta da República. O tema é um dos mais instigantes e envolve relevante discussão doutrinária, vez que já na conceituação há grande divergência a respeito do que se poderia

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 162-163

¹⁵ GRECO, Rogério. *Op. Cit.*, p. 111-112.

considerar princípio.

Nesta perspectiva, alguns pensadores ousaram nos emprestar a sua visão acerca do conceito de princípio e apontaram o horizonte na conceituação do termo. Exemplo disso, é encontrado em Alexy¹⁶, quando estabeleceu que princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Na visão de Humberto Ávila¹⁷, princípios estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a obtenção desses fins. Já Dworkin¹⁸, afirma que os princípios podem ser definidos como um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. E arremata, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

1.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS PENAS

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido por toda

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 36

soma de delitos.¹⁹

Identificar na história a origem da dignidade da pessoa humana não é tarefa das mais simples. Contudo, é possível registrar que uma de suas bases encontra-se no cristianismo, haja vista a previsão de igualdade e respeito entre homens e mulheres, o mandamento de amor ao próximo, entre outras previsões capazes de nos levar a tal conclusão. A dignidade humana, é prioritariamente, um direito do homem que surge em função da necessidade do reconhecimento de outros direitos da pessoa, que se situem para além dos direitos individuais. O princípio da dignidade da pessoa humana constitui, também, a fonte legitimadora de todos os demais direitos fundamentais.²⁰

Curiosamente, as atrocidades praticadas durante o período nazista, sedimentaram o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, após esse momento histórico de desrespeito a direitos humanos, houve a formalização nos textos constitucionais, sobretudo nos democráticos, do referido princípio.

Em que pese, haja relativa dificuldade em conceituar a dignidade da pessoa humana, isso em razão da abrangência, calha trazer a lume o conceito articulado por Wolfgang²¹ quando assevera que a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Na seara penal, o princípio da dignidade da pessoa humana serve como princípio reitor de muitos outros, tal como ocorre com o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da proporcionalidade etc., que nele buscam

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. De: Ana Paula Zomer Sica [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 355

²⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 76

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60

seu fundamento de validade. As Constituições democráticas, como regra, preveem expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que deverá ser entendido como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflitiva, a exemplo dos açoites, das mutilações etc. Da mesma forma, estaria proibida a instituição da tortura como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada).²²

Por outro lado, mesmo que a dignidade da pessoa humana não tivesse sido elevada ao *status* de princípio constitucional exposto, ninguém duvidaria da sua qualidade de princípio implícito, decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, capaz, ainda assim, de aferir a validade das normas de nível inferior.²³

1.2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Beccaria²⁴, preocupado com as atrocidades das penas e com a insegurança na sua aplicação, cunhou que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer as leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída por lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.

Santiago Mir Puig²⁵, afirma que não se deve duvidar de que a pena em maior ou menor

²² GRECO, Rogério. *Op. Cit.*, p. 101

²³ *Idem*, p. 102.

²⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 29.

²⁵ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montivideo: Editorial B de F, 2013, p. 51.

medida está sujeita a uma série de limites normativos que servem de garantia ao cidadão. No entanto, o Estado de Direito estabelece como principal limite fundamental: *o princípio da legalidade*, segundo o qual somente se pode castigar os fatos que tenham sido previstos na lei como delitos juntamente com as penas também previstas de antemão. Tal princípio tem a finalidade de oferecer ao cidadão a segurança necessária para saber quando pode ou não ser submetido a uma pena. Como possui um significado político-liberal, é de se exigir que apenas os representantes do povo no Parlamento tenham competência para legislar acerca de fatos criminosos e suas respectivas penas.

No Brasil, hodiernamente, a Constituição Federal²⁶ estabelece que a persecução de um crime deve ser orientada pela existência de lei anterior que preveja uma conduta como criminosa. Do contrário, nada poderá ser feito pelo Estado no sentido de punir o suposto infrator quando não há lei certa disciplinando a conduta praticada. Afinal, as relações existentes num Estado Democrático de Direito devem ser regidas pelo fenômeno da segurança jurídica, sob pena de não se alcançar a propagada paz social.

O dispositivo constitucional contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e estabelecer penas. Demais, a definição legal do crime e a previsão da pena hão que preceder o fato tido como delituoso. Sem lei que o tenha feito não há crime nem pena.²⁷

A pretensão punitiva do Estado fundada em fato revestido de características de delito deve fazer-se por órgão público adequado, sempre que no caso concreto concorram as condições exigidas pela lei, excluídas a discricionariedade e a oportunidade.²⁸

Seguindo os passos da doutrina alemã, tem-se que o princípio da legalidade mantém ao todo, quatro exigências tanto frente a legislador como também frente ao juiz. Ele exige do legislador que formule do modo mais preciso possível as descrições do delito (*nullum crimen sine lege certa*) e que as leis não possuam efeito retroativo (*nullum crimen sine lege praevia*). Ele exige do juiz que fundamente as condenações somente na lei escrita e não no direito consuetudinário (*nullum crimen sine lege scripta*) e que não am-

²⁶ Art.5º, inciso XXXIX, CF: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

²⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. De: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 409.

²⁸ FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1952, p. 112.

plie a lei escrita em prejuízo do acusado (*nullum crimen sine lege stricta*), a chamada proibição da analogia.²⁹

O mandato de certeza é consequência obrigatória do fato de que um sistema jurídico se organiza sobre codificações, isto é, sobre leis escritas. A “*lex certa*”, a lei efetivamente segura, é a esperança natural de qualquer legislador de que com o seu pronunciamento conseguirá impor determinados efeitos dentro de uma comunidade jurídica. A lei formulada de modo preciso constitui-se, portanto, em um interesse específico do legislador.³⁰

O magistério de Riquelme³¹, nos adverte para o fato de que a ausência de lei faz com que fique uma porta aberta no nosso sistema jurídico por onde possa passar o abuso, prejudicando a liberdade do indivíduo. Por isso, o legislador proíbe a aplicação da analogia em matéria penal.

A segunda exigência que o princípio da legalidade impõe ao legislador penal, é a proibição de promulgar leis com força retroativa (*nullum crimen sine lege praevia*). Também a “proibição da retroatividade” é evidente em sua orientação finalística ético-jurídica e democrática; os problemas se localizam na extensão do seu significado e em sua aplicação prática. Uma lei que procura ter validade para um caso que é mais antigo do que ela mesma, é um fantasma do Estado de polícia.³²

A terceira consequência do princípio da legalidade dirige-se somente ao juiz: a proibição de fundamentar uma condenação ou o agravamento de uma pena no direito consuetudinário (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). As inseguranças sobre o que se pode considerar no direito penal como “direito consuetudinário”, levaram inclusive à diluição do conceito estrito de direito consuetudinário no sistema jurídico. Assim, se compreende como direito consuetudinário no direito penal (também) o chamado “*direito judicial*”, isto é, o conjunto de interpretações judiciais que concretizam a lei. Por proibi-

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 409.

³⁰ *Idem*, p. 335.

³¹ RIQUELME, Vitor B. *Instituciones de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946, p. 31.

³² HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, p. 341.

ção do direito consuetudinário se compreende a exigência de que o juiz, em sua interpretação, não pode abandonar o quadro traçado pela lei em prejuízo do acusado; se ele o abandona, então frustra a *lex scripta* por meio de um direito não escrito e assim viola o princípio da legalidade. A última exigência, diz respeito à proibição de ampliar a lei penal por analogia em prejuízo do acusado – seja aos pressupostos da punibilidade ou quanto à determinação da pena – é a indicação central do princípio da legalidade ao juiz penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).³³

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, considera que “qualquer limitação aos direitos humanos, deve ser interpretada restritivamente em virtude do princípio *pro homine*, pelo qual, em matéria de reconhecimento de direitos a regra deve atender à norma mais ampla e à interpretação mais extensiva e, inversamente, em matéria de limitação de direitos à norma e interpretação mais restringida. Isso é necessário, da mesma forma, para evitar que a exceção se converta em regra, devido a que essa restrição de natureza cautelar se aplica sobre uma pessoa que goza de estado de inocência até que uma sentença firme o destrua. Daí a necessidade de que as restrições dos direitos individuais impostos durante o processo, e antes da sentença definitiva, sejam de interpretação e aplicação restritiva, com o cuidado de que não se descaracterize a garantia antes citada.³⁴

Em síntese, a proscrição da analogia vigora também no direito processual penal quando a sua utilização resulte desfavorável ao imputado, ou seja, enquanto atos processuais que produzam efetivas restrições ou limitações no direito à liberdade pessoal do imputado. Do contrário, se iria contra a própria essência de um Estado de Direito, no princípio da presunção de inocência, a liberdade individual e todo o quadro de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente ficariam violados de forma injustificada.³⁵

No Brasil a tradição constitucional, bem como o texto vigente, consagram a liberdade como direito inviolável e o seu consectário que é o princípio da legalidade dos delitos e das penas. E pode se sustentar que entre nós, por força de normas de gabarito

³³ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, p. 348.

³⁴ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 73.

³⁵ VILAR, Silvia Barona. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988, p. 56.

constitucional, não há crime e não há pena sem lei prévia, atual e certa.³⁶

1.2.3 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL OU PRINCÍPIO DA INTRANSCEDÊNCIA DA PENA

A pena não passará da pessoa do delinquente³⁷ é a regra constitucional estabelecida com o fito de evitar os males do passado, quando o Estado considerava eficaz a punição de parentes e amigos do criminoso, especialmente quando este fugia ou morria antes de expiar a pena a ele reservada. Não somente feria a proporcionalidade e a razoabilidade, regentes da atuação do Estado na repressão ao crime, como evidenciava flagrante desvio dos mais comezinhos princípios de garantia da inocência do ser humano até prova em contrário de sua culpa. Assim, a individualização da pena tem por finalidade dar concretude ao princípio de que a responsabilidade penal é sempre pessoal, jamais transcendendo a pessoa do criminoso. E quanto a este, deve a sanção ser aplicada na justa e merecida medida.³⁸ Não existe nenhum fundamento humano, social e ético para que o sacrifício da pena seja também imposto a outras pessoas além do responsável pelo fato punível.³⁹

O princípio da pessoalidade (ou princípio da responsabilidade penal pessoal) se alia às noções de legalidade ampla e estrita na configuração de uma estrutura normativa de garantias dos direitos fundamentais. Com o fechamento do horizonte de incriminação à lei penal anterior, estrita e taxativa, a possibilidade de aplicação da pena é condicionada ao estabelecimento de um vínculo concreto entre o autor do fato e a conduta incriminada, pois a imputação recai apenas sobre aquela pessoa que deu causa ao resultado típico.⁴⁰

³⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 32.

³⁷ Art.5º, inciso XLV, CF: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 49-50.

³⁹ DOTTE, René Ariel [et al.]. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 71

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.*, p. 257.

1.2.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Na Idade Média, o arbítrio judicial, imposto por exigências políticas da tirania, era produto de um regime penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal. Se outra fosse a natureza humana, talvez esse fosse o sistema mais conforme à ideia retribucionista, isto é, à justa e rigorosa adequação da pena ao crime e ao delinquente. Contudo, a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com precisão e clareza, a definição de crimes e a determinação das respectivas sanções. A primeira reação do Direito Penal moderno ao *arbítrio judicial* dos tempos medievais foi a adoção da *pena fixa*, representando o “mal justo” na exata medida do “mal injusto” praticado pelo delinquente. Na verdade, um dos maiores males do Direito Penal anterior ao Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval.⁴¹

O exercício arbitrário do poder de julgar fez com que Beccaria⁴² questionasse a interpretação das leis pelos juízes. Disse ele, “os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela mesma razão que não são legisladores. [...] O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro”.

A *individualização da pena* tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.⁴³

A individualização da pena desenvolve-se em três momentos distintos. Primeiro, individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 249.

⁴² BECCARIA, Cesare. *Op. Cit.*, p. 31-32.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p.36.

e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais; e, finalmente, individualização executória – que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o de seu cumprimento.⁴⁴

O foco do estudo está centrado na individualização judicial, isto é, na aplicação da pena concreta imposta ao condenado. Afinal, a Constituição Federal⁴⁵ previu de forma expressa a referida garantia.

1.2.5 PRINCÍPIO DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

Desaparece, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848. Claro, tal afirmação em termos globais deve ser bem entendida. Primeiro, as transformações não se fazem em conjunto nem de acordo com um único processo. Houve atrasos. Paradoxalmente, a Inglaterra foi um dos países mais reacionários ao cancelamento dos suplícios: talvez por causa da função de modelo que a instituição do júri, o processo público e o respeito ao *habeas corpus* haviam dado à sua justiça criminal; principalmente, sem dúvida, porque ela não quis diminuir o rigor de suas leis penais no decorrer dos grandes distúrbios sociais do período de 1780 – 1820. Por muito tempo, Romilly, Mackintosh e Fowell Buston não conseguiram atenuar a multiplicidade e o rigor das penas previstas na lei inglesa – esta “terrível carnificina”, dizia Rossi. Sua severidade (ao menos nas penas previstas, uma vez que sua aplicação se afrouxava à proporção que a lei parecia excessiva aos olhos dos júris) havia aumentado, pois em 1760 Blackstone constataria a existência de cento e sessenta crimes capitais, na legislação inglesa, que somavam duzentos e vinte e três em 1819. Devemos levar em consideração também as acelerações e recuos que o processo global seguiu entre 1760 e 1840, a rapidez da reforma em certos países, como a Áustria, a Rússia, os Estados Unidos, a França no momento da

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 250.

⁴⁵ Art.5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Constituinte, depois, o refluxo da Contra-Revolução na Europa e o grande temor social de 1820 a 1848; as modificações, mais ou menos temporárias, ocasionadas pelos tribunais ou pelas leis de exceção; a distorção entre a teoria da lei e a prática dos tribunais (longe de refletir o espírito da legislação). Tudo isto torna bem irregular o processo evolutivo que se desenvolveu na virada do século XVIII ao XIX.⁴⁶

Sem a pretensão de encontrar a origem deste princípio, mas não há como passar ao largo da Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789), pois este importante instrumento histórico previu a necessidade das penas como bússola para as punições.⁴⁷

Ao direito à vida contrapõe-se a pena de morte. Uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedá-la, admitida só no caso de guerra externa declarada.⁴⁸

Adotou a Constituição Federal o princípio da humanidade das penas, significando deva o Estado, através da utilização das regras do Direito Penal, pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal, buscando o bem-estar de todos na comunidade, inclusive dos condenados, que não merecem ser excluídos somente porque delinquiram, observando-se constituir uma das finalidades da pena a sua ressocialização. Determina-se, então, que não haverá penas “de morte, salvo em caso de guerra declarada”, “de caráter perpétuo”, “de trabalhos forçados”, “de banimento”, “cruéis”, além de se estabelecer que ao preso deve ser assegurado o respeito à integridade física e moral.⁴⁹

Ressalte-se ser a *crueldade*, na realidade, o gênero, do qual são espécies as penas de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados e de banimento. Por isso, segundo cremos, melhor teria sido prever, em lugar de penas cruéis, a proibição a penas de castigos corporais.⁵⁰

Infere-se pois, que pelo sistema constitucional brasileiro, nenhuma pena poderá

⁴⁶FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Trad. De: Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 19.

⁴⁷Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

⁴⁸SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 199.

⁴⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p.51.

⁵⁰Idem, p.51.

constituir-se em atentado à integridade física do indivíduo. O princípio de humanidade, representado em sua dupla dimensão – vedação da pena de morte e proibição de penas desumanas e cruéis -, é incorporado em praticamente todos os textos constitucionais contemporâneos.⁵¹

1.2.6 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade leva-nos ao estudo da responsabilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro. O Brasil, em regra, adota a responsabilidade penal subjetiva, isto é, aquela na qual se exige a presença de dolo ou culpa para que seja imposta sanção penal a alguém.⁵²

É importante esclarecer que o estudo da culpabilidade aqui desenvolvido tomará contornos de princípio do direito penal e não de elemento da teoria do crime.

Conforme o pensamento de Ferrajoli⁵³, o sistema garantista e os outros sistemas que incluem a garantia da responsabilidade “pessoal”, “subjetiva” ou “culpável”, distinguem-se dos demais porque vetam a responsabilidade impessoal, objetiva ou não culpável, configurando as hipóteses de falta de algum dos três elementos da culpabilidade como outras tantas “causas subjetivas de exclusão do delito”. Precisamente o delito e a consequente responsabilidade ficam neles excluídos: a) pelas causas de exclusão da personalidade da ação, como acontece nos fatos alheios ou no caso fortuito; b) pelas causas de exclusão da imputabilidade do autor, como a enfermidade mental ou a menoridade; c) pelas causas de exclusão da culpabilidade em sentido estrito, como a inconsciência involuntária, a força maior, o constrangimento físico ou os diferentes tipos de erro.

Zaffaroni⁵⁴ nos adverte, que é preciso ter cuidado com eventuais involuções no trato da culpabilidade, pois, o conceito de culpabilidade – como qualquer outro – pode adulterar-se e inclusive converter-se em um engendro perigosíssimo para as garantias individuais. Uma das adulterações mais comuns consiste em olvidar que a culpabilidade

⁵¹ CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.*, p.269.

⁵² FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.269.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 450.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latino-americana*. Bogotá: Temis, p. 166.

é uma reprovação do ato e não da personalidade do sujeito, reprovação do que o homem fez e não do que o homem é, tentação na qual com frequência se cai.

Ocorre que, se a ideia de culpabilidade no Estado Democrático de Direito se vincula a uma forma de responsabilização do sujeito imputável pela prática de uma conduta lesiva, seria inexoravelmente ilegítima qualquer espécie de juízo de censura moral. Todavia, apesar dos limites traçados pela estrutura constitucional, o juízo de culpabilidade, no atuar cotidiano dos atores do sistema penal, não raras vezes ingressa na esfera do íntimo como juízo de reprovação e, no limite da patologia, opera como instrumento de valoração do caráter e/ou da periculosidade do autor do fato. E esta tendência inquisitória de julgar moralmente o *autor do fato*, e não normativamente o *fato do autor*, ganha especial relevo no direito penal brasileiro no momento da aplicação da pena.⁵⁵

Um sistema jurídico próprio de um Estado Democrático de Direito rejeita a periculosidade como fundamento ou limite da pena, assim como ocorre nos regimes autoritários, quando a imprecisão das normas incriminadoras se acumplicia com o caráter fluído do estado perigoso e permite a imposição de uma sanção de caráter evidentemente preventivo. Ao reverso, nos regimes inspirados pela efetiva democracia, a culpa pelo ato concreto deve ser a base sobre a qual incidirão a qualidade e a quantidade da pena adequada.⁵⁶

1.2.7 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PERSECUÇÃO PENAL MÚLTIPLA (NE BIS IN IDEM)

A vedação à persecução penal múltipla, em outras palavras, a garantia do *ne bis in idem*, constitui um importante desdobramento da posição jurídica de vantagem protagonizada pelo indivíduo. Proibir a perseguição criminal pelo mesmo fato, além de reforçar a resistência ao poder punitivo, se integra ao conjunto normativo voltado à proteção jurídica da liberdade, valor-base do direito penal liberal típico do Estado democrático de direito. O alcance da garantia do *ne bis in idem* deve assumir um sentido processual, impedindo a renovação da persecução criminal, seja ao se constatar o trânsito em julgado de sentença penal, seja ao se observar que há processo em trâmite sobre o

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.*, p. 249-250.

⁵⁶ DOTTI, René Ariel [et al.]. *Op. Cit.*, p. 79.

mesmo caso penal. Em outros termos, a dimensão processual do *ne bis in idem* se revela nos fenômenos da *coisa julgada* e da *litispendência*. A compreensão de que o fato processual se confunde com o acontecimento histórico impede que o indivíduo seja novamente perseguido, mesmo que o acusador tenha tentado disfarçar o *bis in idem*, conferindo nova qualificação jurídica para o mesmo fato. Para cada acontecimento naturalístico, o Estado tem uma única chance de perseguir criminalmente o indivíduo a quem se atribui um delito. Em suma: há uma persecução penal múltipla sempre que a imputação atribui o mesmo acontecimento histórico.⁵⁷

Embora a Constituição brasileira não seja explícita quanto à vedação da dupla persecução, esta dimensão processual pode ser extraída dos princípios do devido processo legal e da garantia da coisa julgada. No ordenamento jurídico brasileiro, a restrição do submetimento de alguém a um novo processo, nos casos de sentença penal condenatória, é regulada pelo Código de Processo Penal.⁵⁸

⁵⁷ MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica v. I: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 529-531.

⁵⁸ CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.*, p. 288.

2. MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares são adotadas em função do desenvolvimento do processo e buscam garantir ou assegurar tanto o desenvolvimento propriamente dito como o cumprimento da sentença no momento em que for proferida, funcionando como adiantamento dos efeitos da futura decisão.⁵⁹

As medidas cautelares são ordens que buscam impedir que o tempo possa prejudicar o atingimento da sua finalidade que é proteger o provimento do processo principal. É pois, uma antecipação do que será decidido na futura sentença, uma espécie de congelamento da situação atual que será apreciado pelo julgador no momento da ulitimação do processo principal evitando assim, a inutilização do que restar decidido.⁶⁰

No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.⁶¹

Ao analisar a sistemática oferecida pelo Código de Processo Penal, concluímos que ela não contempla a existência de ação cautelar autônoma, mesmo porque, no processo penal brasileiro, não existe a categoria chamada de ação cautelar penal. É bem verdade, que alguns doutrinadores tentam fazer crer que esta categoria de fato existe, no entanto, após o desenvolvimento do tema observaremos que a referida situação não encontra razão de ser, exceto, quando vinculada a um processo de conhecimento ou de execução.

No processo penal a tutela cautelar é prestada independentemente do exercício de uma ação da mesma natureza, que daria origem a um processo cautelar, mas sim por meio

⁵⁹ CATENA, Victor Moreno. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 309.

⁶⁰ FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer S L, 2012, p. 157.

⁶¹ FERNANDES, Antonio Sacarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 311.

de simples medidas cautelares, sem a necessidade de um processo cautelar autônomo, com base procedimental própria. O que existe são medidas cautelares que funcionam como incidentes de outro processo. Não há processo cautelar autônomo.⁶²

No dizer de Aury Lopes Júnior⁶³, as medidas cautelares possuem natureza instrumental, ou seja, estão a serviço do processo e da eficácia da justiça criminal. Existem para a garantia do regular desenvolvimento do processo, assim como para assegurar a efetividade do direito de punir do Estado.

As garantias e princípios irradiados do Estado Democrático de Direito, a exemplo da dignidade da pessoa humana e o estado de não culpabilidade, forçam o Estado a garantir como regra a liberdade do acusado, e sua restrição somente quando absolutamente necessária e desde que preenchidos os pressupostos e requisitos legais.

No processo penal, os pressupostos e requisitos legais restam verificados quando comprovados o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

No primeiro caso, exige-se que a aplicação de uma medida cautelar restritiva da liberdade somente possa ocorrer se presentes fortes indícios de culpabilidade e prova da existência do crime. No segundo caso, exige-se a demonstração da necessidade cautelar da medida, isto é, das razões pelas quais a medida mostra-se imprescindível para garantir a realização do processo ou mesmo ou mesmo assegurar a aplicação de eventual pena imposta ao seu término (finalidade endoprocessual).⁶⁴

Modernamente, cabe uma reflexão a respeito das categorias denominadas *fumus boni iuris* e *periculum in mora* que significam respectivamente e literalmente, *fumaça do bom direito e perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional*.

Aury Lopes Júnior⁶⁵, revisitando as expressões acima consagradas, conclui que ao incorporarmos as categorias apontadas ao direito processual penal brasileiro, laboramos

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 414 e 417

⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal, volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 50

⁶⁴ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 36.

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 787 e 788.

em equívoco, pois, em que pese a qualidade e valia dos ensinamentos de Calamandrei não se deve transportar alguns de seus conceitos para o processo penal de forma acrítica, sobretudo, quando referidos conceitos guardam inquestionável afinidade com o coirmão direito processual civil.

Dito isto, cabe contextualizar a correta categorização do direito processual penal no que se refere ao requisito e fundamento das medidas cautelares penais.

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Noutra banda, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento. O *periculum in mora* é visto como o risco derivado do atraso inerente ao tempo que deve transcorrer até que recaia uma sentença definitiva no processo. No entanto, tal conceito se ajusta perfeitamente às medidas cautelares reais, em que a demora na prestação jurisdicional possibilita a dilapidação do patrimônio do acusado. Sem embargo, nas medidas coercitivas pessoais, o risco assume outro caráter. Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova). O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver o que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é o *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.⁶⁶ As medidas cautelares devem sofrer revisão sempre que desaparecerem as circunstâncias que a motivaram.⁶⁷

Para que a reintegração do direito por via jurisdicional pudesse ser eficaz e tem-

⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, 788.

⁶⁷ PALAO, Julio Banacloche. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*. Madrid: La Ley, 2011, p. 220.

pestiva, seria necessário que o conhecimento e a execução forçada interviessem instantaneamente, de modo a colher a situação de fato tal como se apresentava no momento em que a atividade jurisdicional foi invocada. Mas a instantaneidade do provimento jurisdicional de mérito não é possível na prática, porque o desenvolvimento das atividades indispensáveis para a declaração e a execução reclama tempo: assim, há o perigo de que, enquanto os órgãos jurisdicionais operam, a situação de fato se altere de tal modo que torne ineficaz e ilusório o provimento (que pode chegar tarde demais, quando o dano já for irremediável).⁶⁸

Por essa razão, à cognição e à execução, com que a jurisdição completa o inteiro ciclo de suas funções principais, acrescenta-se uma terceira atividade, que tem uma finalidade auxiliar e subsidiária, e é a atividade *cautelar*. Ela se dirige a assegurar, a garantir o eficaz desenvolvimento e o resultado profícuo das outras duas, e concorre por isso de forma mediata ao bom sucesso do escopo geral da jurisdição. No tempo que decorre enquanto se espera para poder iniciar ou enquanto se desenrola um processo, pode ocorrer que os meios que lhe são necessários (isto é, as provas e os bens) se encontrem expostos ao perigo de desaparecer ou ainda de ser subtraídos da disponibilidade da justiça; ou, mais genericamente, pode ocorrer que o direito de que se pede o reconhecimento seja ameaçado de um prejuízo iminente ou irreparável. Nestes casos se consente à parte interessada pedir aos órgãos jurisdicionais que providenciem que se conservem e se mantenham em segurança as provas ou os bens ou eliminem de outro modo a ameaça, a fim de assegurar que o processo possa atingir um resultado útil.⁶⁹

Cautelares são mecanismos processuais que servem para superar os riscos inerentes ao processo, posto que a solução da lide demanda cuidado e, não raras vezes, o processo se protraí no tempo, razão pela qual as provas bem podem se perder.⁷⁰

Por tudo isso, pode-se inferir que as medidas cautelares verificadas no processo cautelar são providências provisórias e sumárias, determinadas por autoridade competente visando acautelar um processo principal atual ou futuro para prevenir a ocor-

⁶⁸ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos [et al.]. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 344-345.

⁶⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil, v. 1*. Tocantins: Intellectus Editora, 2003, p. 187.

⁷⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai [Coord.]. *Processo penal e estado de direito*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 180.

rência de danos de difícil reparação à tutela jurisdicional efetiva.

2.1 PRINCÍPIOS INFORMADORES DAS MEDIDAS CAUTELARES

2.1.1 Princípio da presunção de inocência. Com a prática da infração penal, surge para o Estado a pretensão punitiva que faz despertar os órgãos encarregados da persecução penal. Busca-se, no caderno inquisitorial, encontrar os indícios de autoria e a prova da materialidade para que sirvam à formação da justa causa e com isso, seja viabilizada a propositura da ação penal.

O referido percurso legal não pode suplantar regras e princípios que sirvam de bússolas limitadoras à atividade persecutória estatal. Por isso, o princípio constitucional da presunção de inocência entre muitos outros, funciona como garantia de que ninguém será considerado culpado enquanto não houver uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nestas condições, por mais evidente que seja o crime, por mais perverso ou velhaco que nos pareça o criminoso, não lhe poderemos negar o exercício da proteção jurídica em todo o desenrolar do procedimento penal. Daí dizer-se: cada dispositivo do Código de Processo Penal constitui um verdadeiro escudo de proteção. Nem mesmo as normas processuais aparentemente restritivas, no âmbito pessoal ou patrimonial, fazem exceção a essa verdade. Pois sua finalidade última é apontar os limites até onde pode ir o poder persecutório estatal.⁷¹

O marco histórico do princípio da presunção de inocência remonta ao final do século XVIII, em pleno movimento Iluminista, quando surgiu a necessidade de insurgência contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigorava desde o século XII. Durante esse período a sociedade da época compreendeu a importância de proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado. Orientado pelas luzes da Revolução Francesa (1789) surge o marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art.9º Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser

⁷¹ TOVO, Paulo Cláudio. *Princípios de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48-49.

severamente reprimido por lei. Com o fortalecimento do sistema acusatório no direito processual penal europeu surge uma maior proteção da inocência do acusado que passa a ser respeitado na sua dignidade e na sua liberdade de locomoção. No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art.5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal. Assim, desde logo, deve ser sublinhado que à luz da presunção de inocência, não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição, ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede, por exemplo, nas hipóteses de prisão obrigatória, previstas de forma explícita ou disfarçada pelo legislador, em que a imposição da medida independe da verificação concreta do *periculum libertatis*, e ainda naqueles casos em que a medida constitui decorrência de dados sobre a personalidade do acusado, que nem sempre indicam, com segurança, a necessidade de segregação.⁷²

Além disso, se por definição a medida cautelar constitui um instrumento a serviço do processo, a prisão imposta sob esse título somente pode estar legitimada por finalidades previstas em lei e que, ademais, estejam de acordo com os valores constitucionais e sejam congruentes com a natureza do fim perseguido.⁷³

Dá a importância de verificar, dentre as finalidades atribuídas ao legislador ordinário, às diversas modalidades de prisão cautelar, *se e em que medida* as mesmas afrontariam, ou não, a presunção constitucional de inocência. Além disso, mesmo que constatada sua legitimidade, parece fundamental procurar estabelecer certos parâmetros para evitar restrições desproporcionais ao direito de liberdade e, também, um meio justo de reparação pela prisão cautelar indevida ou excessiva.⁷⁴

Tratando-se de um sistema, o direito não pode ser estudado isoladamente. Atualmente, os princípios têm contribuído sobremaneira para que o sistema jurídico possa realizar o seu fechamento, já que não se excluem *a priori*.

⁷² LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 50

⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães (et al.); coordenação Og Fernandes. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22

⁷⁴ *Idem.* p.22

No que diz respeito às medidas cautelares, a situação não é diferente. São os princípios que permitem explicar, em cada caso concreto, se prepondera a liberdade ou o encarceramento, a liberdade incondicionada ou condicionada, etc.⁷⁵

Todo acusado é presumido inocente. Logo, em princípio, deve preponderar a sua liberdade incondicionada, até o trânsito em julgado final da sentença condenatória. Mas situações peculiares podem justificar a adoção de medidas cautelares contra o suspeito ou indiciado ou acusado.⁷⁶

A presunção de inocência convive pacificamente com as medidas de privação e restrição da liberdade, haja vista que para hígidez do sistema jurídico a harmonia faz bem. No entanto, salutar a revelação de que a limitação ao direito de liberdade deve ocorrer somente nos casos em estiverem presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

A prisão cautelar (ou qualquer outra medida cautelar) jamais pode se revestir da qualidade de pena antecipada. Tampouco pode ser utilizada como meio para se obter a confissão do réu, ou seja, a prisão cautelar, na era da modernidade, não pode cumprir o mesmo papel que a tortura desempenhava no tempo da inquisição.⁷⁷

Com relação à possibilidade de aplicação do multicitado princípio às medidas cautelares não paira qualquer dúvida, pois, mesmo em tempos remotos já se admitia a sua incidência. João Gualberto Garcez Ramos⁷⁸, assevera que mesmo no caso da manutenção obrigatória da prisão em flagrante tem aplicação o princípio da presunção de inocência. Se não se apresentarem elementos de convicção que tornem ao menos provável a condenação, mesmo as prisões obrigatórias haverão de ser canceladas. A obrigatoriedade, aqui, não pode ser vista como fonte de iniquidades.

A garantia da presunção de inocência possui, portanto, importância fundamental para todo o processo penal, mas assume importância ainda maior no que tange à aplicação de medidas cautelares restritivas da liberdade. No tocante à prisão provisória, a presunção

⁷⁵ BIANCHINI, Alice (et al.); coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. *Prisões e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 34

⁷⁶ Idem. p.34

⁷⁷ BIANCHINI, Alice (et al.). *Op. Cit.*, p.39

⁷⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 126.

de inocência, como visto, exige que tal medida extrema somente seja aplicada como *ultima ratio*, e desde que não possa ser substituída por medida cautelar menos severa, em estrita obediência aos princípios da excepcionalidade e da subsidiariedade da prisão provisória.⁷⁹

2.1.2 Princípio da liberdade. A liberdade de locomoção do indivíduo no nosso ordenamento jurídico encontra-se assegurada no art.5º, *caput*, da Constituição da República. Cotejando a garantia prevista na Carta Magna, constata-se que a liberdade é a regra, e que a privação ou a restrição da liberdade constituem exceção. A Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º) prescreve que: “*Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais*”. Como as garantias estabelecidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo texto foi aprovado em São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, passaram a integrar o direito interno por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, encontra-se em pleno vigor e merecem integral cumprimento. Portanto, as regras fundamentais a respeito da prisão cautelar foram sensivelmente reforçadas e ampliadas com a incorporação, ao nosso ordenamento, das garantias concernentes ao direito à liberdade pessoal elencadas no texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, possuem índole constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.⁸⁰

Para a relativização do direito de liberdade, necessária se faz a motivação da medida como forma de controle da restrição da liberdade. Antônio Magalhães Gomes Filho⁸¹, afirma que é justamente entre essas limitações impostas ao Poder Judiciário que se insere a motivação das decisões judiciais com garantia dos direitos fundamentais: de um lado, ela serve para verificar – pelo acompanhamento do raciocínio desenvolvido pelo juiz para chegar a um eventual provimento restritivo daqueles direitos – se foram efetivamente obedecidas as regras do devido processo; por outro, será igualmente por intermédio da fundamentação que será viável constatar se a decisão aplicou validamente

⁷⁹ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Op. Cit.*, p. 26.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini (et al.). *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 235.

⁸¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães (et al.); coordenação Geraldo Prado. *Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 61.

as normas que permitiam a restrição e se foi apreciado, de maneira correta, o contexto fático que a autorizava.

De qualquer modo, não se pode conceber, no Estado de Direito, que a prisão preventiva cumpra papel distinto da cautelar. A prisão processual não se pode revestir do caráter de pena antecipada.⁸²

2.1.3 Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade, segundo Fernando Gonçalves⁸³, impõe que a medida de coacção a aplicar ao arguido deve ser proporcionada à gravidade do crime ou crimes indiciados no concreto processo penal, e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas (art.193º, nº1). Assim, não pode ser aplicada qualquer medida de coacção que não seja proporcionada à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas ao arguido, ainda que a mesma se revele justificada face às exigências cautelares de um concreto processo penal.

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão.⁸⁴

A jurisprudência alemã dividiu o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, visando emprestar maior clareza para a sua aplicação. Alexy⁸⁵, afirma que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas

⁸² BIANCHINI, Alice (et al.). *Op. Cit.*, p. 40.

⁸³ GONÇALVES, Fernando. *As medidas de coacção no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2011, p.65.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 277-278.

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 116-117.

parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

O juízo de proporcionalidade de uma determinada medida questionada, tal e qual desenvolvido pela doutrina alemã, é alcançável a partir de um raciocínio escalonado, trifásico, envolvendo as parciais que analiticamente a estruturam: os exames de *adequação (idoneidade)*, *necessidade (exigibilidade)* e *proporcionalidade em sentido estrito*.⁸⁶

Para verificar a adequação deve o julgador observar se há correlação entre a medida restritiva e os fins que se pretende tutelar com a sua aplicação.

Deve haver uma *adequação* entre os meios e os fins perseguidos, pois se a limitação do direito fundamental não for idônea para a consecução da finalidade perseguida, carecendo de aptidão para alcançá-la, a medida será inconstitucional.⁸⁷

A pedra de toque da *necessidade* é a concretização da intervenção estatal mínima. Ocorre quando o juiz, escolhe dentre o cardápio de medidas aquela que melhor se ajusta ao fato. Para isso, não pode desconsiderar a necessidade de motivação da medida.

O princípio da necessidade traz, em se bojo, o princípio da intervenção mínima. A intervenção penal estatal deve ser a mínima possível. De todas as existentes, compete ao juiz escolher a que menor gravame gera para o direito fundamental da pessoa afetada. Se outras medidas existem e são suficientes, o juiz não pode optar pela mais drástica.⁸⁸

O terceiro princípio, o da proporcionalidade em sentido estrito, aponta para a imprescindibilidade de constatar, entre os valores em conflito – o que impele à medida restritiva e o que protege o direito individual a ser violado – qual deve prevalecer. Haverá observância do princípio da proporcionalidade se predominar o valor de maior relevância, evitando-se, assim, que se imponham restrições aos direitos fundamentais desmedidas, se

⁸⁶ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161.

⁸⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães [et al.]. *Op. Cit.*, p. 26.

⁸⁸ BIANCHINI, Alice [et al.]. *Op. Cit.*, p. 55.

comparadas com o objetivo a ser alcançado. Assim, o meio, adequado e necessário para determinado fim, é justificável se o valor por ele resguardado prepondera sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido.⁸⁹

O princípio da proporcionalidade ainda pode ser aplicado levando-se em conta as vertentes da *proibição de excesso* e da *proibição de proteção deficiente*.

Transportando o referido princípio para o direito penal e processual penal, verifica-se, que através do raciocínio da *proibição do excesso*, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando-se a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo direito penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes mas que foram valorados de modo excessivo fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta prática, lesiva a determinado bem jurídico. Por outro lado, o mesmo raciocínio deve também ser dirigido ao julgador, auxiliando na interpretação dos tipos penais, evitando-se a punição exagerada de fatos pouco importantes. A outra vertente do princípio da proporcionalidade diz respeito à *proibição de proteção deficiente*. Quer isso dizer que, se por um lado não se admite o excesso, por outro não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, por exemplo, através da eliminação de figuras típicas, da cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger, da aplicação de institutos que beneficiam o agente, etc.⁹⁰

A duração excessiva da medida cautelar viola frontalmente a proporcionalidade. Portanto, a dilação de medida cautelar ofende sobremaneira a dignidade da pessoa humana, haja vista a restrição por longo período de direitos fundamentais imotivadamente.

2.1.4 Princípio da judicialidade ou jurisdicionalidade. É sabido que somente o poder judiciário possui o controle jurisdicional típico sobre as decisões caracterizadas pela imperatividade. Tanto é verdade, que a Carta Política de 1988 estabelece em seu art.5º, inciso XXXV, que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão

⁸⁹ FERNANDES, Antonio Sacrance. *Op. Cit.*, p. 58.

⁹⁰ GRECO, Rogério. *Op. Cit.*, p. 117-118.

ou ameaça a direito”. Com isso, fica claro que não se pode por simples querer afastar o olhar jurisdicional do poder judiciário. Esse controle, ainda pode ser verificado em diversas passagens constitucionais, a exemplo do que ocorre no caso específico da prisão: *“a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (art.5º, inciso LXV); ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art.5º, inciso LXVI); a prisão de qualquer pessoa e o local em que se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (art.5º, inciso LXII); ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art.5º, inciso LXI) e, ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art.5º, inciso LIV).*

Além das garantias acima relatadas, o art.93, inciso IX da CF/88 servindo de bússola estabelece em sua primeira parte que: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”*. A referida exigência constitucional oferece a moldura legal para a inferência da jurisdicionalidade, haja vista que as decisões a respeito da prisão não podem passar ao largo do efetivo controle jurisdicional do Estado-Juiz.

Antes mesmo das alterações introduzidas pela Lei n.12.403/2011, Scarance⁹¹ já lecionava que tendo em vista as peculiaridades da prisão em flagrante, o legislador deu à autoridade policial poder anômalo de verificar, em um primeiro momento, a presença do *fumus boni iuris*. Continuando, o referido jurista afirma que, por isso, o legislador preocupou-se, no texto constitucional (art.5º, inciso LXII), em que houvesse rápida comunicação ao juiz de direito sobre prisão em flagrante. Permite-se apenas que a pessoa fique recolhida, sem controle judicial sobre a necessidade da custódia, por um tempo curto, breve, ficando o juiz incumbido de verificar, pela cópia do auto de prisão em flagrante, se a prisão, naquele caso, deve permanecer. Caso não estejam presentes os requisitos da prisão preventiva, deve conceder liberdade provisória nos termos do art.310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Hodiernamente, já não paira mais dúvida acerca da aplicação do princípio da jurisdicionalidade sobre a prisão, inclusive, em flagrante. Prova disso, pode ser extraída

⁹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Op. Cit.*, p. 318.

da leitura do art.310 do Código de Processo Penal que confere ao magistrado uma espécie de controle jurisdicional diferido ou postergado sempre fundamentado.

Ferrajoli⁹², comentando a reforma do Código de Processo Penal Italiano introduzida pela Lei n.330, de 05.08.1988, disse que o legislador *destinou exclusivamente ao juiz o poder de limitação da liberdade do imputado, reservando ao Ministério Público apenas o poder de prisão temporária do indiciado conferido de resto também à polícia judiciária.*

A partir de 1988 e diante de determinações tão claras e incisivas, não se pode validamente duvidar da intenção do constituinte em submeter todas as modalidades de prisão cautelar à apreciação do Poder Judiciário, seja na forma prévia, seja pela imediata convalidação da prisão em flagrante, tanto com o exame de sua *legalidade* (relaxando a prisão ilegal), como pela análise de sua *necessidade*, com obrigatória verificação concreta dos pressupostos da liberdade provisória.⁹³

Assim, em face dos referidos enunciados, infere-se que a restrição ao direito de liberdade do acusado deve resultar não simplesmente de uma ordem judicial, mas de um provimento resultante de um procedimento qualificado por garantias mínimas, como a independência e imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, sobretudo nessa matéria, a obrigatoriedade de motivação.⁹⁴

A prisão (ou medida cautelar pessoal) deve ter uma caráter meramente instrumental – de proteção ao conteúdo probatório e de garantia de aplicação da lei -, sendo flagrantemente inconstitucional qualquer prisão não motivada ou que não atenda tais exigências. Do contrário, não haverá prisão cautelar, mas a vexatória aplicação de estigmatizadora pena antecipada, inaceitável num sistema garantista e democrático. Desse modo, a jurisdicionalidade – consistente na efetiva atuação do juiz – é a forma garantidora das garantias do sujeito passivo da prisão cautelar.⁹⁵

2.1.5 Princípio da motivação da decisão. O art.93, inciso IX da CF/88 serve de

⁹²FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 714.

⁹³GOMES FILHO, Antonio Magalhães (et al.). *Op. Cit.*, p. 29

⁹⁴GOMES FILHO, Antonio Magalhães (et al.). *Op. Cit.*, p. 29

⁹⁵WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 93-94.

bússola para o referido princípio, pois, estabelece em sua primeira parte que: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”. Tomando como parâmetro a fórmula acima descrita, tem-se que a garantia da necessidade de motivar as decisões emanadas do Poder Judiciário produz dois efeitos visíveis, são eles: a segurança jurídica interna e a externa, vez que tanto as partes quanto o jurisdicionado têm acesso às razões que levaram o Estado-Juiz a decidir desta ou daquela maneira.

Sem os processos democráticos permanentes, um Estado de Direito se solidifica em fachada formalística, podendo servir também aos regimes autoritários. Sem o Estado de Direito consideravelmente realizado, a produção democrática de leis ficará “no ar”, representando apenas um mero papel dos documentos oficiais e livros didáticos.⁹⁶

Na linha do pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art.381, art.165 c/c art.458; CLT, art.832).⁹⁷

Modernamente, foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.⁹⁸

A necessidade de motivar as decisões judiciais em geral, prevista no art.93, IX, da CF, mais do que uma conquista política da sociedade contra o arbítrio é também um instrumento de melhor compreensão do pensamento do magistrado que tem por objetivo analisar os dados fáticos que lhe são apresentados e sobre os quais tem o dever de se posicionar.⁹⁹

A mesma teorização que dá ao Juiz a legitimidade para decidir sobre a liberdade

⁹⁶ MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

⁹⁷ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos [et al.]. *Op. Cit.*, p. 74.

⁹⁸ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos [et al.]. *Op. Cit.*, p. 74.

⁹⁹ GEMAQUE, Silvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 106.

de alguém, condiciona o exercício desse poder à fundamentação da decisão, isto é, à exposição tão clara quanto possível, dos motivos pelos quais decretou a prisão. É um princípio essencial desde que os sistemas processuais modernos abandonaram o sistema da prova legal.¹⁰⁰

2.1.6 Princípio da provisionalidade. Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico, pois são elas, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. Toda medida cautelar está vinculada a uma determinada situação fática. A provisionalidade (consoante doutrina espanhola) está relacionada com a situação fática que ensejou a decretação da medida cautelar. Se essa situação fática se altera, naturalmente também haverá modificação na medida cautelar.¹⁰¹

O desprezo pela provisionalidade conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida apropriação do tempo do imputado.¹⁰²

Sublinhe-se que a provisionalidade adquire novos contornos com a pluralidade de medidas cautelares agora recepcionadas pelo sistema processual, de modo a permitir uma maior fluidez na lida, por parte do juiz, dessas várias medidas. Está autorizada a substituição de medidas por outras mais brandas ou mais graves, conforme a situação exigir, bem como a cumulação ou mesmo a revogação delas, no todo ou em parte. Isso significa que, em matéria de medidas cautelares, a decisão do juiz é sempre *rebus sic stantibus*. Quando desaparece o motivo da prisão (por exemplo), cabe ao juiz revogá-la. Se o motivo volta, pode o juiz decretá-la novamente.¹⁰³

A provisionalidade, é reconhecida na exigência de um prazo razoável de duração das medidas cautelares penais, e depende das circunstâncias do caso concreto observando-se o conteúdo da medida imposta, constatação que deve ser realizada pelo Estado-Juiz. A exigência de prazo razoável para a aplicação de medidas cautelares penais,

¹⁰⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. Cit.*, p. 111-112.

¹⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-36.

¹⁰² BIANCHINI, Alice [et al.]. *Op. Cit.*, p. 77.

¹⁰³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 36

busca chamar o Estado para que assuma a sua parte no risco da frustração do processo, sobretudo, quando dito risco se incrementar por culpa da sua lentidão em aplicar o Direito Penal. Ao assumir este risco, o Estado a partir de um determinado momento, não poderá escamotear a sua lentidão interferindo indevidamente no direito de liberdade do indivíduo.¹⁰⁴

2.1.7 Princípio da provisoriedade. No sentido da temporaneidade da decisão proferida no processo cautelar, não se pode deixar de considerar que sendo ele predisposto a assegurar os meios e muitas vezes a finalidade do processo de conhecimento condenatório, desde que nesse se profira decisão definitiva o procedimento cautelar exauriu-se, não tendo mais qualquer finalidade. [...] Durante o *iter* procedimental do processo principal pode sobrevir séria modificação na situação da lide, na conduta processual do acusado e surgirem novas provas modificativas da situação de fato existente ao tempo em que se decretou a prisão preventiva, impondo-se a sua revogação.¹⁰⁵

Distinto do princípio anterior, a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração. Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada. Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.¹⁰⁶

A intolerável duração do processo, como frisado de início, constitui um enorme obstáculo para que ele cumpra, de forma efetiva, os seus compromissos institucionais. Essa questão, aliás, tem sido examinada pela vertente interdisciplinar, por juristas e soció-

¹⁰⁴ TORTOSA, Virginia Pujadas. *Teoria general de medidas cautelares penales*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 235-237.

¹⁰⁵ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 206

¹⁰⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 37

logos de vários quadrantes.¹⁰⁷

Muitos países mundo afora, já contemplam o instituto da prisão preventiva com prazo certo, exemplo disso, pode ser constatado a partir da leitura do Código de Processo Penal Português.¹⁰⁸ O Brasil, como aponta Aury Lopes Júnior¹⁰⁹, com a reforma operada pela Lei n. 12.403, de 04.05.2011, perdeu a grande oportunidade de resolver o problema da falta de definição em lei da duração máxima da prisão cautelar e também da previsão de uma sanção processual em caso de excesso (imediate liberação do detido). O limite aos excessos somente ocorrerá quando houver prazo com sanção. Do contrário, os abusos continuarão.

Por tudo que foi exposto, tem-se entendido que a qualidade mais marcante da provisoriedade é a de uma medida cuja vigência se encontra de algum modo submetida a um concreto prazo temporal. Assim, a provisoriedade ou temporalidade se associa à existência de um prazo máximo de duração das medidas cautelares. Fixar um prazo máximo de duração das medidas constitui, por óbvio, uma tarefa dirigida ao legislador que deverá se guiar pelo princípio da proporcionalidade *strictu sensu*.¹¹⁰

2.1.8 Princípio do contraditório. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, intitulada de Pacto de São José da Costa Rica, inserida no direito doméstico por meio do Decreto Legislativo n. 27, de 26.05.1992, reconhece o contraditório no seu art.8º¹¹¹. Com o mesmo sentimento, a Constituição do Brasil estampa no seu art.5º, inciso LV o respeito que se deve ter ao princípio acima ventilado.¹¹² Joaquim Canuto Mendes de

¹⁰⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117.

¹⁰⁸ Art.215º, 1. A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido: a) Seis meses sem que tenha sido deduzida acusação; b) Dez meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória; c) Dezoito meses sem que tenha havido condenação em primeira instância; d) Dois anos sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

¹⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 40-41

¹¹⁰ TORTOSA, Virginia Rajada, *Op. Cit.*, p. 238

¹¹¹ Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹¹² Art.5º, inciso LV: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Almeida¹¹³ assevera que o contraditório *é a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.*

Ferrajoli¹¹⁴ afirma que a *defesa*, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. De acordo com a Constituição da República Portuguesa¹¹⁵, a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar estão subordinados ao princípio do contraditório. Desta feita, no processo criminal, deve ter-se sempre em conta tanto as razões da acusação como as da defesa. Por outro lado, o juiz deve ouvir todos os participantes processuais sempre que tomar qualquer decisão que pessoalmente os afectem.¹¹⁶

A instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade dos fatos, sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público (ou seu substituto processual) em sua peça exordial. Não. A outra parte também deve ser ouvida (*audiatur est altera pars*).¹¹⁷

A garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo – como oposição ou resistência -, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. É essa visão que coloca ação, defesa e contraditório como direito a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titularizam quer no autor, quer no réu.¹¹⁸

¹¹³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 82

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 564.

¹¹⁵ Art.32º, n° 5, 2ª parte, da CRP: O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

¹¹⁶ CARVALHO, Paula Marques. *Manual prático de processo penal*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 17.

¹¹⁷ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 15.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini (et al.). *Op. Cit.*, p. 107.

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o provimento do conteúdo jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.¹¹⁹

No processo penal, entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. Mas enquanto a defesa técnica é indispensável, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio.¹²⁰

Até a entrada em vigor da Lei n. 12.403, de 04.05.2011, as medidas cautelares determinadas durante a investigação só poderiam ser contrariadas após a formação regular do processo, onde se poderia contestar a providência cautelar ou questionar a prova pericial produzida no inquérito. Atualmente, além do processo, já se tem como possível a realização de contraditório ainda na fase inquisitorial, pelo menos é o que deixa entrever o §2º do art.282 do CPP.¹²¹

A disposição em exame, oportunamente introduzida pela Lei n.12.403/2011, visa a deixar claro que, *em regra*, o processo cautelar não dispensa a defesa, que somente será limitada nos casos em que houver absoluta necessidade de adoção urgente da providência acautelatória. Fora daí, deve ser intimada a parte atingida pela restrição – o investigado ou acusado –, para que possa oferecer alegações e trazer eventualmente provas, sempre com a intervenção da defesa técnica.¹²²

¹¹⁹ Idem, p. 108.

¹²⁰ ARAÚJO CINTRA. Antônio Carlos [et al.]. *Op. Cit.*, p. 27.

¹²¹ §2º do art.282 do CPP: Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

¹²² GOMES FILHO, Antonio Magalhães [et al.]. *Op. Cit.*, p. 46.

Estabeleceu a regra acima descrita a necessidade do contraditório, salvo em caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Por exemplo: na interceptação telefônica, não pode o juiz intimar a “parte contrária”. A medida resultaria totalmente ineficaz. Na prisão preventiva fundada no risco de fuga, tampouco o juiz vai ouvir a parte contrária.¹²³ Tal contraditório dependerá das circunstâncias do caso concreto, sendo delimitado pela urgência ou risco concreto de ineficácia da medida.¹²⁴

2.1.9 Princípio da legalidade. O princípio da legalidade constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais.¹²⁵

Para o presente estudo, interessa a concepção de que a lei é o parâmetro fundamental da fixação das hipóteses em que pode o indivíduo ser mantido sob custódia provisória pelo Estado, bem como ser posto em liberdade, após ter sido preso, mediante a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.¹²⁶

O Código de Processo Penal Português contempla de forma expressa o princípio da legalidade ou da tipicidade ao prescrever o seguinte: “*A liberdade da pessoa só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coacção e de garantias patrimonial previstas na lei*”. O referido artigo expressa que as medidas de coacção e de garantia patrimonial são apenas aquelas que constam no Código de Processo Penal, não podendo pois, haver outras que limitem, total ou parcialmente, a liberdade dos cidadãos.¹²⁷

Não existe no processo penal brasileiro o “*poder de cautela geral do juiz*”. Todas as medidas cautelares são típicas (possuem forma determinada). Não temos (não podemos ter) medidas cautelares atípicas no processo penal. Não se pode confundir o processo penal com o processo civil. O nível de intervenção do poder público nos direitos fundamentais do indivíduo, no âmbito do processo penal, é muito mais contundente que

¹²³ BIANCHINI, Alice [et al.]. *Op. Cit.*, p. 76.

¹²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 35.

¹²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.

¹²⁶ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *Fiança criminal e liberdade provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39.

¹²⁷ GONÇALVES, Fernando. *Op. Cit.*, p. 63-64.

no processo civil. [...] o juiz da jurisdição penal não tem poderes para lançar mão de medidas atípicas ou não previstas em lei. Não existem medidas cautelares inominadas no processo penal. Todas as vezes que o juiz lança mão desse famigerado poder geral de cautela, na verdade, ele está violando o princípio da legalidade. No processo penal, forma é garantia. O juiz só está autorizado a praticar os atos que contam com forma legal. Se o juiz se distancia da forma legal, resulta patente a violação à legalidade.¹²⁸

Em face do princípio da legalidade, no tocante à aplicação de medidas cautelares no processo penal, é imprescindível a existência de lei formal que preveja, de forma taxativa (e não apenas exemplificativa), as hipóteses em que se permite a restrição da liberdade do acusado, isto é, antes da sentença penal condenatória passada em julgado.¹²⁹

2.1.10 Princípio da duração razoável da prisão. Como já afirmou Francesco Carnelutti¹³⁰, *“o tempo é um implacável inimigo do processo, contra o qual todos – o juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores – devem lutar de modo obstinado”*. O processo, em um Estado Democrático de Direito representa uma das mais fortes garantias no sentido de que os nossos direitos serão respeitados de forma eficiente. Dessa forma, o tempo de duração razoável do processo constitui uma importante garantia de que o imputado não sofrerá uma estigmatização desnecessária e excessiva. Afinal, como cravou Rui Barbosa¹³¹, *“justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente”*.

As reclamações com a demora no julgamento são antigas, mas a consagração dessa garantia no direito positivo é uma conquista relativamente recente que só se iniciou após a Segunda Grande Guerra, com o reconhecimento de prestações positivas do Estado em favor do indivíduo e da coletividade (direitos de 2ª Geração). Para tanto, partiu-se da

¹²⁸ BIANCHINI, Alice [et al.]. *Op. Cit.*, p. 48.

¹²⁹ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Op. Cit.*, p. 26.

¹³⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 354.

¹³¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2000, www.jahr.org, p. 43.

correta percepção de que a simples existência de um processo criminal é um fato que gera consequências danosas para o acusado, que passa a ser estigmatizado como possível criminoso. Sem dúvida, o estado de incerteza gerado pela indefinição do resultado de um processo criminal, por longo período temporal, afeta desnecessariamente a estabilidade emocional do imputado, da vítima e de todos aqueles atingidos, direta ou indiretamente, pelo caso penal. O processo penal atinge, em especial e com gravidade, a dignidade do imputado. Esse constrangimento torna-se ilegal no momento em que se constata a duração excessiva do processo penal. Sabe-se que o efetivo exercício dos direitos e garantias do acusado demanda tempo. O imputado necessita de um adequado espaço temporal para concretizar os direitos à defesa, ao contraditório, à prova etc. Porém, a duração do processo penal, além do tempo necessário para assegurar esses direitos fundamentais e respectivas garantias, acaba por se converter na violação de cada um desses direitos.¹³²

Noutra banda, deve-se prestar atenção às ciladas colocadas pela política de aceleração do tempo processual, pois, corre-se o risco de sob o manto da celeridade incorrerem em graves e indisfarçáveis violências às garantias fundamentais. A exigência de um processo moderno e célere é cada vez maior nos países, não se admitindo que a solução dos conflitos perdure por um longo período. A efetividade do processo passa a ser um valor buscado, não havendo mais contentamento com o processo lento e que não põe fim à lide, pois processo lento é sinônimo de denegação de justiça. A persecução penal inerente ao Estado-Juiz afigura-se inaceitável quando o acertamento do jus puniendi dentro do processo de conhecimento ultrapassar o tempo necessário à resposta estatal. É importante registrar que uma das preocupações é a fixação de prazo para a duração do processo atrelada necessariamente a uma sanção pela inobservância do prazo. Do contrário, teremos garantias estéreis, pois, consequência nenhuma advirá da letargia estatal. A primeira e natural exigência da garantia ao prazo é a de que haja prazo fixado pela lei e, na falta dessa fixação, que ela seja suprida por um prazo genérico, aplicável aos casos omissos. Não basta, contudo, a existência do prazo. Faz-se mister prazo adequado que permita às partes poderem utilizá-lo eficazmente para a produção do ato processual por ele regulado. Não é suficiente qualquer prazo para assegurar a garantia enfocada, mas um prazo condizente com a necessidade da atividade a ser realizada.¹³³

¹³² MELCHIOR, Antonio Pedro. *Op. Cit.*, p. 153.

¹³³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Op. Cit.*, p. 122.

O excesso de prazo injustificado só irá ser mitigado com a fixação de regras mais precisas acerca do tempo de duração das medidas cautelares pessoais.

Quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena. Mas a questão da dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia. É inegável que a submissão ao processo penal autoriza a ingerência estatal sobre toda uma série de direitos fundamentais, para além da liberdade de locomoção, pois autoriza restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade das comunicações, a inviolabilidade do domicílio e a própria dignidade do réu.¹³⁴

A perpetuação do processo penal, além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais, se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui.¹³⁵

Mas o que deve ficar claro é que existe uma pena processual mesmo quando não há prisão cautelar, e que ela aumenta progressivamente com a duração do processo. Seu imenso custo será ainda maior, a partir do momento em que se configurar a duração excessiva do processo, pois, então, essa violência passa a ser qualificada pela ilegitimidade do Estado em exercê-la.¹³⁶

No Brasil, segundo a sistematização oferecida por Renato Brasileiro de Lima¹³⁷, o excesso de prazo na formação da culpa se verifica quando estivermos frente às seguintes situações:

a) mora processual decorrente de diligências suscitadas exclusivamente pela atuação da acusação: a título de exemplo, por conta das inúmeras interceptações telefônicas em andamento, tem havido grande lentidão na realização de exames periciais para a comparação das vozes (espectrograma da voz). Ora, não se pode admitir que o ex-

¹³⁴ GEMAQUE, Silvio Cezar Arouck. *Op. Cit.*, p. 112.

¹³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 192.

¹³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 272.

cessivo volume de trabalho pericial sirva como desculpa para a morosidade, gerando dilações indevidas e permitindo que o acusado permaneça preso cautelarmente por prazo irrazoável.

b) mora processual decorrente de inércia do Poder Judiciário, em afronta ao direito à razoável duração do processo: é óbvio que o excessivo volume de trabalho isenta o magistrado pessoalmente de qualquer responsabilidade, mas não escusa o atraso da prestação jurisdicional.¹³⁸

As dilações injustificadas do processo em razão da falta de organização e estrutura do Poder Judiciário não podem ser imputadas ao indivíduo como forma de justificar a morosidade estatal.

c) mora processual incompatível com o princípio da razoabilidade: segundo o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC nº 86.915, “*a duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência e razoável duração do processo. A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal*”.¹³⁹

Por fim, as garantias previstas na CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos a respeito de prazo razoável para a duração do processo, se revelam em inúmeras passagens, no entanto, destacamos o art.8º que versa sobre as garantias judiciais.¹⁴⁰ Na Constituição da República do Brasil, o art. 5º, inciso LXXVIII também faz referência à necessidade da ulatimação do processo em tempo razoável.¹⁴¹ Importante regis-

¹³⁸ GOMES, Luiz Flávio. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. Coord. Flávia Piovesan [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 244.

¹³⁹ STF, 2ª Turma, HC nº 86.915/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/02/2006, DJ 16/06/2006.

¹⁴⁰ CADH, art.8º: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁴¹ CF, art.5º, inciso LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

trar, que só merecerão credibilidade objetiva as prescrições acima a partir do momento em que o legislador ordinário estabelecer um prazo certo para a conclusão do processo, bem assim, sanção para o seu descumprimento, como aliás, nos ensina o Código de Processo Penal Paraguai (Ley n. 1.286/98, modificada pela Ley n. 4.669/12).¹⁴²

2.2 CARACTERÍSTICAS

As contribuições do processo civil em relação à sistematização das medidas cautelares, merece protagonismo, pois foi a partir desse ramo do direito que se pode em certa medida aprofundar no processo penal o estudo das medidas de urgência. Diante da referida reflexão, nas cautelares penais deverão estar presentes as características fundamentais que emprestem notabilidade ao referido instituto. Sem pretensão de esgotar a temática, apontamos as seguintes:

2.2.1 Jurisdicionalidade. As medidas cautelares penais estão submetidas, em primeiro lugar, ao princípio da jurisdicionalidade, pois só podem ser adotadas por órgão jurisdicional competente. A reserva de jurisdição é a garantia dada ao jurisdicionado de que somente o magistrado poderá exercer o poder jurisdicional.¹⁴³

A Constituição Federal é clara ao dispor em seu art.5º, inciso LXI, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

A decretação de toda e qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, seja previamente, nos casos da prisão preventiva, temporária e imposição autônoma das medidas cautelares

¹⁴² Artículo 136. DURACIÓN DEL PROCESO PENAL. Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. A dicho efecto, todo proceso tendrá una duración máxima de tres años para su finalización en primera instancia, contada a partir de la imputación o a partir de la acusación, en ausencia de aquella. En segunda instancia, el plazo será de seis meses para la resolución de la apelación especial. En los casos de reenvío por anulación de la sentencia de primera instancia, el nuevo juicio deberá culminar en un plazo máximo de un año. Artículo 137. EFECTOS. Vencido el plazo previsto en el artículo anterior, el juez, a petición de parte, declarará extinguida la acción penal, conforme a lo previsto por este código. A tal efecto, el peticionante deberá presentar en escrito fundado la solicitud de extinción de la acción penal, señalando las causas que la motivaron y los funcionarios intervinientes en el hecho. Cuando se declare la extinción de la acción penal por morosidad judicial, la víctima deberá ser indemnizada por los funcionarios responsables o por el Estado. Se presumirá la negligencia de los funcionarios actuantes, salvo prueba en contrario. En caso de insolvencia del funcionario, responderá directamente el Estado, sin perjuicio de su derecho a repetir."

¹⁴³ SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2014, p. 330.

diversas da prisão, seja pela necessidade de imediata apreciação da prisão em flagrante, devendo o magistrado indicar de maneira fundamentada, com base em elementos concretos existentes nos autos, a necessidade da segregação cautelar, inclusive com apreciação do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança.¹⁴⁴

Importante ressaltar que o legislador, por excesso de zelo, cravou no art.282, § 2º do CPP¹⁴⁵, que somente o juiz deverá decretar as medidas cautelares. Desta forma, ainda que se trate de prisão em flagrante caberá ao magistrado valorar a necessidade ou não da manutenção da restrição da liberdade ou a substituição por medida cautelar diversa da prisão. Desse modo, a Jurisdicionalidade – consistente na efetiva atuação do juiz – é a forma garantidora das garantias do sujeito passivo da prisão cautelar.¹⁴⁶

2.2.2 Acessorialidade. Em que pese a autonomia do processo cautelar em relação ao processo principal, é incontestável que aquele só existe em razão deste. É o acessório acompanhando o principal.

Apesar de o processo cautelar ter pedido autônomo, o certo é que está atrelado a um processo futuro, e, tanto é assim que, no processo civil se exige, por imposição legal, que na inicial da ação cautelar se exponha a lide do processo principal e seu fundamento, com a exposição sumária do direito ameaçado.¹⁴⁷

Segundo Afrânio Jardim¹⁴⁸, a relação de dependência, todavia, não afasta a possibilidade de decretação da medida cautelar sem o futuro processo, já que pode ocorrer, por exemplo, a decretação de uma prisão cautelar no curso de determinada investigação, sem que ocorra a instauração do processo penal, por se verificar, posteriormente, ser hipótese de arquivamento.

2.2.3 Preventividade. O prolongamento do tempo pode causar diversos danos ao direito objeto de proteção cognitiva. Face a essa possibilidade é que ganha contornos de

¹⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal (vol. I)*. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 1141.

¹⁴⁵ As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação, por representação da autoridade policial ou do mediante requerimento do Ministério Público.

¹⁴⁶ WEDY, Miguel Tedesco. *Op. Cit.*, p. 94.

¹⁴⁷ POLASTRI, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 70.

¹⁴⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 266.

prevenção a utilização da medida cautelar com o fito de prestigiar a proteção do direito a ser reconhecido em futuro processo de conhecimento ou de execução. A atividade cautelar visa prevenir a ocorrência de danos de difícil reparação enquanto o processo principal não chega ao fim.¹⁴⁹

2.2.4 Instrumentalidade hipotética. Em que pese a existência de opinião contrária, a lição de Calamandrei¹⁵⁰ permanece atual e digna de nota quando afirma que a instrumentalidade é uma característica típica dos procedimentos cautelares. Pode-se concluir a partir das lições do jurista que a tutela cautelar serve de instrumento ao aperfeiçoamento da tutela jurisdicional verificada no processo de conhecimento ou de execução, por isso, considera que o processo cautelar é o instrumento do instrumento.

É pela instrumentalidade que ressalta a mais importante característica da medida cautelar que não um fim em si mesma, mas sim em relação a outra providência cuja finalidade é a composição definitiva da lide. O que se procura é evitar que a demora na prolação da sentença definitiva, possa causar prejuízo. A instrumentalidade reside em suma em ser a medida cautelar destinada a tutela do processo e não do direito que se pretende tutelar, através desse mesmo processo principal.¹⁵¹

A instrumentalidade hipotética dá-se porque a medida cautelar serve de instrumento, de modo e de meio para se atingir a medida principal. É como se o direito

¹⁴⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 266.

¹⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 41-42. Essas considerações permitem compreender aquela que, ao que me parece, é a nota verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares: os quais não são nunca o fim em si próprios, mas são infalivelmente predispostos à emanção de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático. Estes nascem, por assim dizer, a serviço de um procedimento definitivo, com a função de predispor o terreno e de preparar os meios mais adequados para o seu êxito. Essa relação de instrumentalidade ou, como outros disseram, de subsidiariedade, que liga infalivelmente cada procedimento cautelar ao procedimento definitivo em previsão do qual este é emanado, é o caráter que mais claramente distingue o procedimento cautelar da denominada declaração dominante função executiva: esta nasce, como se viu na esperança de que um sucessivo procedimento não sobrevenha a impedir-lhe de tornar-se definitivo; aquele nasce em previsão, e aliás na espera, de um sucessivo procedimento definitivo, na falta do qual não somente não aspira a tornar-se definitivo, mas está absolutamente destinado a desaparecer por falta de uma finalidade. Há portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça.

¹⁵¹ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Op. Cit.*, p. 45.

material discutido no processo de conhecimento fosse provável ao autor e o instrumento para se atingir este possível direito fosse exatamente a medida cautelar. Por isto dizemos que a medida cautelar serve, hipoteticamente, de instrumento para se atingir a medida principal.¹⁵²

2.2.5 Provisoriedade. Essa característica resulta da circunstância de que a medida acauteladora não se reveste de caráter definitivo, durando apenas determinado espaço de tempo, cessando seus efeitos não só pelo advento da decisão definitiva proferida no processo principal, mas desde que ocorra a ausência de qualquer dos seus pressupostos, por exemplo, não subsistir *periculum in mora*. Devido a isso, cessa a medida desde que seja revogada, por se ter tornado desnecessária. Tanto assim, que a sentença que se profere no procedimento cautelar é sobre o estado do ato, subsistindo apenas enquanto não desaparecerem os motivos em que se fundou o provimento.¹⁵³ Os efeitos da medida cautelar persistem enquanto não emana do Judiciário a providência jurisdicional que ela procura garantir e tutelar.¹⁵⁴

A duração da tutela cautelar é provisória se justificando por uma situação de emergência, e, assim, deixa de vigorar quando advém a decisão no processo principal ou qualquer motivo que a torne desnecessária.¹⁵⁵

A provisoriedade dos procedimentos cautelares não é, ao contrário, de modo algum conexas com o modo de formação do procedimento. Do mesmo modo, se a concessão de uma medida cautelar é baseada no conhecimento ordinário, nem por isso os efeitos cautelares deixam de ser provisórios, nem pretendem transformar-se em efeitos definitivos do mérito. O procedimento cautelar tem efeitos provisórios não porque (ou não necessariamente porque) o conhecimento no qual se baseia seja menos pleno que aquele ordinário e deva, portanto, ser equilibrado por uma menor estabilidade de efeitos, mas porque a relação que o procedimento cautelar constitui é *por sua natureza* destinada a esgotar-se, quando o seu objetivo terá sido finalmente alcançado no momento em que

¹⁵² RANGEL, Paulo. *Op. Cit.*, p. 401.

¹⁵³ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Op. Cit.*, p45.

¹⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1997, Vol. IV, p. 32.

¹⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães [et al.]. *Op. Cit.*, p. 372.

for emanado o procedimento sobre o mérito da controvérsia. Se a provisoriedade das decisões proferidas em cognição sumária se refere à formação do procedimento, aquela das medidas cautelares refere-se ao objeto, ou, poderia se dizer, à finalidade do procedimento. O procedimento sumário é provisório na formação, mas definitivo na finalidade; o cautelar, ainda que formado através de um conhecimento ordinário, é provisório na *finalidade*.¹⁵⁶

A função preventiva, a urgência e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) oferecem as cores necessárias para que a provisoriedade seja reconhecida como característica das medidas cautelares. Portanto, com base nessa característica, a medida cautelar somente deverá ser adotada quando subsistir a necessidade da proteção de um direito material a ser garantido definitivamente em processo de conhecimento.

As medidas cautelares estão, pois, submetidas à regra *rebus sic stantibus*. Devendo somente permanecer enquanto subsistirem os pressupostos que as justificaram. Por esta razão, as medidas cautelares são sempre provisórias. No máximo devem durar enquanto o processo principal continue em aberto.¹⁵⁷

2.2.6 Revogabilidade. A imutabilidade que caracteriza os processos de conhecimento e de execução, não se irradia para o processo cautelar, haja vista que neste não há que se falar em coisa julgada material.

A revogabilidade da medida cautelar decorre da sua própria natureza e objetivos. Se desaparece a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse da parte, cessa a razão de ser da precaução.¹⁵⁸

Entre fazer bem, porém tardiamente, e fazer talvez mal porém logo, façamos logo através do processo cautelar. A simples aparência do direito que se aprecia na cognição sumária basta para que as medidas cautelares sejam concedidas, restando a tranquilidade de que eventuais erros, eventuais distorções serão desfeitas, depois no processo principal. Por isso mesmo é que, em princípio, os julgamentos cautelares não passam em julgado, não adquirem a autoridade da coisa julgada material (o juiz não afirmou que o direito

¹⁵⁶ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 32-33.

¹⁵⁷ SENDRA, Vicente Gimeno. *Op. Cit.*, p. 331.

¹⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 364.

existe, o juiz simplesmente disse que parece existir o direito, existe uma aparência, um *fumus boni iuris*); ou então ele nega a medida cautelar dizendo que não há essa aparência do direito (e talvez o direito exista, mas ele não está aparente o suficiente para que a medida cautelar seja concedida).¹⁵⁹

A revogabilidade da medida cautelar penal está prevista no próprio texto de lei.¹⁶⁰ Por isso, enquanto a situação fática permanecer a mesma, não se alterará a medida. De outro lado, havendo mudança na situação fática opera-se a alteração. Aplica-se a chamada cláusula *rebus sic stantibus*.

Há autores que contemplam a não definitividade como característica autônoma das medidas cautelares, no entanto, acreditamos que a referida nota já se encontra valorada na revogabilidade. Pois, a revogabilidade já sinaliza para a não formação da coisa julgada material.

2.2.7 Referibilidade. A referibilidade é uma característica muito útil ao processo penal. Trata-se de uma característica da tutela cautelar e de uma nota distintiva entre ela e a tutela antecipatória. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, insatisfatividade; nunca cautelaridade.¹⁶¹

A referibilidade dá uma ideia de ligação estrita entre a situação de perigo e a proteção jurídica que se pede. Há *referibilidade* no sentido de que a tutela cautelar se refere, *exclusivamente*, à situação de perigo que se pretende remediar, não indo jamais além, para alcançar e dizer algo sobre a existência ou inexistência do direito que fundamentou a ação de conhecimento.¹⁶²

A ideia de *referibilidade*, no sentido processual penal, está, pois, ainda mais ligada à ideia de *instrumentalidade hipotética* que no caso do processo civil. E isso não se dá

¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 318.

¹⁶⁰ Art.282, § 5º, 1ª parte, do CPP. O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 79.

¹⁶² RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. Cit.*, p. 93.

por diferença ontológica, mas por mera vedação constitucional, que proíbe que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse princípio reza que a consideração de culpado deve se seguir a um devido processo legal, no qual o procedimento e os rituais têm importância vital. Assim, pode-se afirmar que a tutela cautelar do processo penal é referível. Contudo, explica-se a referibilidade penal, porém e mais precisamente, como o liame existente entre a tutela e o caso penal que é objeto do processo penal.¹⁶³

2.3 CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Não é segredo que o nosso diploma processual penal carece de boa técnica no trato de muitos institutos lá sediados, no entanto, quando isso acontece o Código de Processo Civil nos oferece o norte para que possamos identificar o rumo a seguir. No caso específico das medidas cautelares não há no CPP uma sistematização própria e por isso, nos socorremos mais uma vez das diretrizes do Processo Civil. Há muito os processualistas civis estudam a matéria com foco voltado para o direito processual civil, entretanto, é indiscutível que muito do que já foi apurado naquela seara pode ser, após pequenos ajustes, transportado para o processo penal.

Dentre tantas classificações de medidas cautelares, a que melhor se amolda à dinâmica do direito processual penal é aquela defendida por Calamandrei que se funda, principalmente na matéria da medida cautelar: coisas, elementos de prova e pessoas.

As medidas cautelares relativas à prova visam preservar elementos probatórios ou assegurar a reparação de dano. Na verdade, trata-se de medida cautelar que visa à obtenção de uma prova para o processo, com a finalidade, portanto, de assegurar a utilização do elemento probatório no processo ou evitar o seu perecimento. As medidas cautelares relativas à prova são:¹⁶⁴

- a) A busca e apreensão (arts.240 e seguintes do CPP);
- b) A produção antecipada de prova (testemunhal ou outro tipo de prova).

¹⁶³ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. Cit.*, p. 94.

¹⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 1131.

As medidas cautelares reais estão ligadas às medidas assecuratórias, ou seja, são aquelas relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação. São elas:

- a) Sequestro (art.125 do CPP);
- b) Arresto (art.132 do CPP);
- c) Hipoteca Legal (art.134 e segs. do CPP).

Por último, trataremos das medidas cautelares pessoais, que são aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela, ora em maior grau de intensidade, ora com menor lesividade. Estão assim divididas:¹⁶⁵

- a) Prisões processuais provisória: a) prisão em flagrante (art.302 e segs. do CPP); b) prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP); c) prisão preventiva por força de pronúncia (art.413, §3º, do CPP) e, d) prisão preventiva em virtude de sentença condenatória recorrível (parágrafo único do art.387 do CPP);
- b) As contracautelas, liberdade provisória, com ou sem fiança;
- c) As medidas cautelares alternativas ou substitutivas da prisão processual inseridas no CPP (arts. 319 e 320) por meio da Lei n° 12.403, de 04 de maio de 2011.

Diante da reconhecida falta de sistematização de um processo cautelar penal, forçoso é inferir que não é só no Código de Processo Penal que estão as medidas cautelares típicas. Após breve análise detectamos em várias leis extravagantes a existência de medidas cautelares editadas depois do vigente Código de Processo Penal.

Embora, a rigor, não sejam o foco do nosso estudo merecem registro pela importância, são elas:

- a) A prisão temporária prevista na Lei n° 7.960/89;
- b) A interceptação telefônica regulada na Lei n° 9.296/89, que regulamentou o art.5º da Constituição Federal;

¹⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 1131.

- c) A busca e apreensão de produtos contrafeitos e a destruição de marca falsificada nos volumes ou produtos que a contiverem, antes de serem distribuídos, na forma dos arts. 201, 202, I e II, do Código de Propriedade Industrial (Lei n° 9.279/1996);
- d) Suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção, conforme previsão do art.294, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n° 9.503/97);
- e) A infiltração de agente, a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, previstos no art.2° da Lei n° 10.217/2001;
- f) A medida cautelar de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima nos casos de violência doméstica, prisão preventiva e medidas de urgência, consoante previsão da Lei n° 11.449/2007.¹⁶⁶

2.3.1 MEDIDAS CAUTELARES PROBATÓRIAS

Dada a importância que as provas possuem, a lei cuida para que as mesmas não se dispersem e nem se percam. Para evitar a fragmentação com o conseqüente desaparecimento ou ocultação o Estado prevê a possibilidade de antecipação da prova ante o iminente risco de perecimento.¹⁶⁷

Normalmente, os procedimentos instrutórios antecipados, são adotados no curso do processo ordinário, e fazem parte dele; mas quando, antes que o processo inicie, há motivo para temer que, se o procedimento instrutório tardar, os seus resultados podem se tornar menos eficazes, então este pode ser imediatamente provocado através de um procedimento autônomo, que objetiva prevenir o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) inerente ao procedimento ordinário eventual.¹⁶⁸

Em processo penal há de cogitar-se, inúmeras vezes, de determinadas *providências de natureza acautelatória e coercitiva*, consubstanciadas no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com os objetos, quer com as pessoas do cul-

¹⁶⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 1131.

¹⁶⁷ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad.: L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934, p. 385.

¹⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 54-55.

pado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios.¹⁶⁹

Toda coleta prévia de prova se traduz em uma precaução em relação ao processo e, assim, certas provas têm que ser colhidas já na fase do inquérito (v.g. aquelas que desafiam prova pericial), mas continuam com natureza de provas simplesmente, apenas sendo colhidas de imediato, para que não desapareçam os vestígios, não se constituindo, portanto, em medidas cautelares, pois estas, apesar de não exigirem demanda própria, estão presas aos requisitos e fundamentos cautelares, não prescindindo, mesmo que de forma tênue, de um procedimento com finalidade cautelar. Destarte, não podemos aceitar a caracterização do exame de corpo de delito e a perícia dentre o rol de medidas cautelares, pois se trata simplesmente de meios de prova que têm momento próprio e prévio para sua produção. De outra parte, a busca e apreensão, com finalidade de assegurar a prova, e a produção antecipada de prova testemunhal se caracterizam, estas sim, indubitavelmente, como medidas cautelares.¹⁷⁰

2.3.1.1 A BUSCA E APREENSÃO

A sistemática do CPP não é, tecnicamente, a melhor, pois mistura uma medida cautelar com meios de prova e, ainda, sob uma mesma designação, dois institutos diversos (busca de um lado e a apreensão de outro).¹⁷¹

A busca é uma medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas: as buscas constituem diligências que podem ser realizadas *antes e durante* o inquérito, *durante* a instrução ou mesmo na fase de execução, para prender o condenado.¹⁷²

Insta acentuar que, muito embora as buscas e apreensões possam ser realizadas na fase da instrução criminal, elas se verificam mais amiúde na fase pré-processual, durante o desenrolar da primeira etapa da *persecutio criminis*, vale dizer, durante a feitura do inquérito policial, não só porque a polícia dispõe de meios mais rápidos e elementos mais eficazes para assegurar o seu bom êxito, como também porque, de regra, essas diligências,

¹⁶⁹ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Op. Cit.*, p. 453.

¹⁷⁰ POLASTRI, Marcellus. *Op. Cit.*, p. 103.

¹⁷¹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 708.

¹⁷² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 165.

se não forem levadas a cabo durante a fase do inquérito, perderão sua oportunidade. Havendo “fundada razão”, a autoridade judiciária, de ofício, a requerimento de qualquer das partes ou mesmo em face de uma representação (ou que outro nome tenha) da autoridade policial, determinará se proceda à busca domiciliar, durante o dia, para prender criminosos etc. A busca poderá ser domiciliar ou pessoal. Aquela, quando realizada em casa; esta, quando levada a efeito na própria pessoa. A busca pessoal é feita não somente nas vestes ou nos objetos que a pessoa traga consigo (valises, pastas etc.), como, também, diretamente no corpo, quer por meio de investigações oculares ou manuais, quer por meios mecânicos, radioscópicos, sabido como é que os ladrões e, particularmente, as ladras preferem esconder pequenos objetos, pedras preciosas e outros que tais em qualquer esconso natural.¹⁷³

Segundo Aragonese¹⁷⁴, a busca (*perquisição*) é aquela destinada a encontrar objetos ligados à infração que podem servir como provas e estão sob o poder pessoal do acusado ou investigado, bem como, consiste na procura de coisas materiais que podem integrar o corpo de delito ou ato de provas e constituem uma exceção aos direitos fundamentais da inviolabilidade do domicílio.

Na Itália e na Espanha, a expressão utilizada para se referir a instituto semelhante ao da busca e apreensão é *perquisição*. Quando se fala de *perquisição*, na linguagem corrente judicial, pensa-se no juiz ou num auxiliar do juiz enquanto revista as roupas de uma pessoa ou os móveis de uma casa, a fim de encontrar algo que suspeita possa estar escondido ou possa interessar como prova de um delito; por isso, a *perquisição*, assim considerada, apresenta-se sob as espécies de *perquisição pessoal e domiciliar*.¹⁷⁵

2.3.1.2 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

A separação formal que existe entre as fases pré-processual e processual pode contribuir para o desaparecimento da prova nos casos urgentes. Havendo perigo no perdimento da prova pode-se antecipar a fase instrutória com relação àquela prova amea-

¹⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, V. 3. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 404-408.

¹⁷⁴ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madri: Rubi Artes Gráficas, 1981, p. 404.

¹⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v. 2. Trad.: Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 223-224.

çada desde que cumpridas as solenidades legais.¹⁷⁶

É certo que a ciência processual moderna informada nos princípios da imediatidade, oralidade e concentração exige que a testemunha seja ouvida em audiência, antes do debate, a fim de que não se afaste este dos elementos sensíveis à concretização do litígio, propiciando ao ofício judiciário melhor conhecimento da questão fática, assegurando um julgamento acertado. Pode, porém, acontecer que alguma testemunha por moléstia ou outro impedimento, não possa comparecer no momento processual adequado. Daí a necessidade da antecipação dessa prova.¹⁷⁷ Cordero¹⁷⁸, esclarece que é possível instaurar um *incidente probatório* para abrigar a prova antecipada quando houver urgência, por exemplo, em caso de enfermidade grave, violência física, ameaça, oferecimento de vantagens para prestar depoimento falso e tudo mais que possa gerar grave perigo.

O Direito Português estabelece quanto à matéria que “em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento, bem como nos casos de vítimas de crimes sexuais, o juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou das partes civis, pode proceder à sua inquirição no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento”. E arremata, “o presidente, oficiosamente ou a requerimento, procede à realização dos actos urgentes ou cuja demora possa acarretar perigo para a aquisição ou a conservação da prova, ou para a descoberta da verdade, nomeadamente à tomada de declarações para memória futura”.¹⁷⁹

Renato Brasileiro¹⁸⁰, esclarece que as provas antecipadas são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do proces-

¹⁷⁶ FENECH, Miguel. *Op. Cit.*, p. 832.

¹⁷⁷ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Op. Cit.*, p. 447.

¹⁷⁸ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal, Tomo II*. Santa Fé de Bogotá - Colômbia: Editorial Temis S.A., 2000, p. 184-187.

¹⁷⁹ CARVALHO, Paula Marques. *Op. Cit.*, p. 279.

¹⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 838.

so, em virtude de situação de urgência e relevância. É o caso do denominado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*. Supondo-se, assim, que determinada testemunha presencial do delito esteja hospitalizada, em grave estado de saúde, afigura-se possível a colheita antecipada de seu depoimento, o que será feito com a presença do juiz, e com a participação das partes sob contraditório. O incidente de antecipação da prova para ser válido necessita de decisão fundamentada.

2.3.2 MEDIDAS CAUTELARES REAIS OU PATRIMONIAIS

Uma questão fundamental e que não tem merecido a devida atenção por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras diz respeito às medidas assecuratórias. As medidas assecuratórias possuem natureza cautelar, por isso, devem ser submetidas à mesma lógica e, principalmente, a exigência de “efetiva necessidade” como elemento legitimador da constrição patrimonial. Não há como pensar as medidas assecuratórias fora do sistema cautelar, ainda que existam algumas especificidades que, obviamente, as distingam das medidas cautelares pessoais.¹⁸¹

Tendo em vista que o objetivo é garantir a eficácia das medidas, a *urgência* passa a ser *marca registrada* das providências patrimoniais do processo penal. Ela procurará garantir sua eficácia, integrando-se a elas de forma tão íntima que algumas das medidas praticamente não podem ser imaginadas sem essa nota distintiva. A *urgência*, no caso, é quase onipresente. Essa qualidade decorre de diversas razões. Em primeiro lugar, do fato de que o crime é, ontologicamente, a maior ofensa ao próximo que prevê o ordenamento jurídico. Se é à pessoa do indivíduo, muitas vezes também o é ao seu patrimônio, irrazoadamente atingido. Sendo assim, ocorrendo o prejuízo patrimonial, justificada está a reação estatal enérgica. Outra razão é referente ao destinatário das regras viabilizadoras da responsabilidade patrimonial. Tendo o agente cometido um crime patrimonial doloso ou crime não patrimonial motivado pela cobiça, por exemplo, é razoável pensar-se que uma vez consumado o crime, seu objetivo passe a ser manter o *status quo* alcançado com a prática da infração penal; talvez até com a repetição de ações moralmente reprováveis. Nisso também reside a potencial inutilidade das medidas patrimoniais do processo penal se desvestidas de urgência.¹⁸²

¹⁸¹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 928.

¹⁸² RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. Cit.*, p. 287.

Sendo a tutela cautelar um instrumento que visa assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento jurisdicional a ser proferido em outro processo, dito processo principal, o estudo da tutela cautelar não pode prescindir da análise do conteúdo e da finalidade dessa tutela. Assim, quanto ao presente estudo, é necessário analisar qual a repercussão que eventual sentença penal condenatória terá em termos de “reparação” do dano causado pelo delito. Assim sendo, o sistema processual penal necessita de medidas cautelares que assegurem tal resultado, nas hipóteses em que o tempo necessário para a prolação do provimento condenatório permita que a situação patrimonial do investigado ou do acusado se altere, gerando risco de que, quando do provimento final, tal finalidade seja frustrada pela demora processual. A doutrina costuma elencar como medidas cautelares patrimoniais penais o sequestro, a especialização e registro da hipoteca legal e o arresto prévio à especialização e registro da hipoteca legal.¹⁸³

2.3.2.1 SEQUESTRO

O sequestro de bens é a primeira medida prevista no CPP¹⁸⁴. O primeiro aspecto a ser destacado é que a medida somente incide sobre os bens imóveis ou móveis adquiridos com os proventos da infração. Não é uma restrição sobre todo o patrimônio do imputado, senão apenas daqueles bens que foram comprados com as vantagens auferidas com o delito. Logo, jamais poderá o sequestro recair sobre bens preexistentes, ou seja, adquiridos pelo imputado antes da prática do crime. Nesse caso, pode-se cogitar de hipoteca legal ou arresto, conforme o caso.¹⁸⁵

Todos os bens, pois, que o réu haja adquirido, como proveito, ou provento do seu delito, lhe são tomados, e, se afinal, for condenado, perdê-los-á definitivamente, uma vez apurados provirem, de alguma sorte, do emprego dos produtos do crime, não tendo sequer direito a quanto sobrar da venda, em leilão público, de tais bens, depois de pago, ao lesado e a terceiros de boa-fé, o valor integral do seu prejuízo; essa sobra reverte para a União. A força da medida assecuratória vai ao ponto de alcançar os bens móveis, não suscetíveis, de apreensão, e os imóveis, que, adquiridos pelo infrator da lei penal, sejam proventos ou

¹⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 796-797.

¹⁸⁴ Art. 125. Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro. Art. 126. Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

¹⁸⁵ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 918.

proveito do seu crime, ainda quando tais bens tenham sido transferidos a terceiro. O terceiro, se tiver obtido esses bens, por alienação a título oneroso, poderá, sob fundamento de ter agido de boa-fé, embargar o sequestro. Para ordenar o sequestro, é necessário se baseie o juiz em prova, ao menos indiciária (indícios veementes), de se tratar de bens, que o infrator, ou terceiro com ele mancomunado, adquiriu com o produto ou os proventos do crime, ou de bens nestas condições, transferidos a terceiro, a título de liberalidade, ou mesmo a título oneroso, sem se patentear, com evidência sensível, a boa-fé do último. Mesmo antes de tomar corpo a ação penal, quando somente exista inquérito, a própria autoridade policial poderá representar acerca da conveniência dessa medida assecuratória, para cuja obtenção serão os autos distribuídos, no caso de não estar determinada a competência de um juízo dado, com isso ficando preventa a competência de tal juiz. Mas, ainda antes de oferecida a queixa ou a denúncia, a parte privada ou o Ministério Público, à vista do inquérito, poderá pleitear o sequestro, sendo ordenado, exclusivamente, pelo juiz. O juiz decidirá, diante dos elementos que, para instrução do pedido ou representação, acompanharem um ou outra ou à vista de quanto constar dos autos da ação principal.¹⁸⁶

2.3.2.2 ARRESTO

No tocante à origem da palavra “arresto” e sua introdução na linguagem forense: “A palavra *arresto* vem do francês *arrêt* (cuja forma primitiva deve ter sido *arrest*, pois circunflexo está a indicar a queda de letra, como nas palavras *fête*, *champêtre*, *ête*, *âme*, etc) e significa prisão, embargo, impedimento. Em português é sinônimo perfeito de embargo. Tal etimologia não deve fazer supor que o instituto tem origem francesa. Na verdade, o *arresto* do devedor é produto do Direito costumeiro medieval e se destinava a embargar os passos do devedor fugitivo ou que se preparava para fugir. Era providência extrajudicial e cautelar, forma de exercício direto das próprias razões e não de processo judiciário. Dirigia-se contra o próprio devedor, não contra o patrimônio dele ou, pelo menos, não apenas contra os bens. Só em época mais avançada é que passou a recair somente sobre as coisas do devedor, mas ainda como penhor privado, não judicial como sequestro. Isto explica o fato de os italianos, que usam a palavra *sequestro* tanto para designar o nosso sequestro, de coisa litigiosa, quanto o *arresto* indiscriminado de quais-

¹⁸⁶ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 422-429.

quer bens do devedor, chamarem ao primeiro sequestro judiciário e ao outro sequestro conservativo.¹⁸⁷

O arresto prévio à especialização e registro da hipoteca legal era originariamente denominado “sequestro” prévio à hipoteca legal. Atualmente, passou a ser denominado de “arresto”. Há duas espécies de arresto: (a) arresto de bens imóveis, prévio à especialização da hipoteca legal; (b) arresto subsidiário de bens móveis. O primeiro tende a ser substituído pelo registro da hipoteca legal, enquanto o segundo permanece como arresto, e, posteriormente, na fase de execução será automaticamente convertido em penhora.¹⁸⁸

O arresto é a medida assecuratória que recai sobre imóveis de origem ilícita, a serem submetidos, em momento ulterior, à hipoteca legal. Cuida-se de uma providência puramente cautelar dos direitos do lesado, em face do perigo da demora na especialização da hipoteca legal. Cabe destacar que a Lei n. 11.435/2006 deu nova redação ao art. 136 do CPP¹⁸⁹. Antes dessa modificação, a doutrina criticava a denominação da medida em tela de sequestro (sequestro prévio), eis que o bem objeto da cautela não estaria em litígio.¹⁹⁰ O arresto prévio existe para garantir a eficácia do procedimento de especialização da *hipoteca legal*: enquanto arrestado o bem – com a respectiva inscrição no registro de imóveis – não poderá o imputado aliená-lo.¹⁹¹

Antes da Lei n. 11.435/2006, o arresto subsidiário de bens móveis era impropriamente chamado de sequestro pelo CPP. Com a nova redação dada ao art. 137 do CPP¹⁹², a falta técnica foi sanada pelo legislador. Caso os bens móveis consistam em coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, podem ser de pronto vendidos em leilão,

¹⁸⁷ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Op. Cit.*, p. 428.

¹⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 814.

¹⁸⁹ O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal.

¹⁹⁰ TÁVORA, NESTOR. ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 269.

¹⁹¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. Cit.*, p. 304-305.

¹⁹² Art. 137. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis. § 1º Se esses bens forem coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, proceder-se-á na forma do § 5º do art. 120. § 2º Das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz, para a manutenção do indiciado e de sua família.

depositando-se o valor apurado à disposição do juízo, ou podem ser restituídos a quem os detinha.¹⁹³ No arresto subsidiário de bens móveis, ao contrário do que ocorre no sequestro de bens móveis, os bens não foram adquiridos com os proventos da infração, pois possuem origem lícita.

O arresto *subsidiário ou complementar* é assim chamado porque se o réu ou indiciado, tiver imóveis que bastem para assegurar a satisfação do dano resultante do delito, multas e custas, somente a hipoteca legal será efetuada, visto que esta cautela é menos onerosa, continuando o proprietário a usufruir o imóvel hipotecado.¹⁹⁴

2.3.2.3 HIPOTECA LEGAL

Para Orlando Gomes¹⁹⁵, hipoteca é o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento da dívida.

Esta é outra medida assecuratória que pode ser requerida perante o juiz penal. Diverge profundamente do arresto, de que cuidamos, muito embora haja entre ambos os institutos profundos laços que os aproximam. Os bens arrestados ou hipotecados ficam seguros e, além disso, servem de garantia para a satisfação do dano *ex delicto*.¹⁹⁶

O procedimento de especialização da *hipoteca legal* nada tem a ver com o do sequestro dos bens imóveis que sejam provento da infração penal. Daí porque não de ser especializados mesmo os bens imóveis do imputado que hajam sido adquiridos antes da prática da infração penal. Nenhum liame com o fato criminoso precisa ser buscado, eis que o fundamento do procedimento de especialização da *hipoteca penal* é diverso do que vale para a disciplina legal do sequestro dos bens que sejam proventos do crime. No sequestro dos proventos do crime se busca o ressarcimento do dano causado pelo crime, bem como o retorno ao *status quo ante*. Busca a lei processual penal que nenhum ganho econômico resulte ao autor de infração penal. Todos os proventos do crime não de ser se-

¹⁹³ TÁVORA, Nestor. *Op. Cit.*, p. 267.

¹⁹⁴ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Op. Cit.*, p. 430.

¹⁹⁵ GOMES, Orlando. *Direitos reais, T. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 493.

¹⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. Cit.*, p. 57.

questrados para que se pague o ofendido e o terceiro de boa-fé e se confisque o que exceder a esse valor em favor da União Federal. A essa duplicidade de objetivos corresponde uma maior complexidade da atividade instrutória, que precisa determinar a origem dos bens. No caso da *hipoteca penal*, o que se busca é apenas o ressarcimento do dano.¹⁹⁷

Com a atual redação do Código de Processo Penal, o juiz deverá obrigatoriamente estipular qual o mínimo de reparação civil que caberá ao condenado, e neste momento poderá rever o arbitramento realizado em sede do processo incidental em questão. É bom ressaltar que para que o juízo penal fixe esse valor mínimo de indenização, deverá haver pedido expresso da acusação na inicial (denúncia ou queixa). Ainda, esse valor a ser fixado pelo juiz penal não impede que a vítima execute a sentença penal condenatória no juízo cível e lá seja definido valor maior de indenização, do qual deverá ser descontado o valor fixado pelo juiz penal. O arresto dos bens móveis é medida subsidiária à hipoteca legal, pois somente será possível caso o acusado não tenha bens imóveis ou os tenha em insuficiente valor. Ressalte-se que a finalidade desse processo incidente é apenas a de garantir a inscrição da hipoteca ou a custódia dos bens móveis do acusado. Não tem finalidade de passar à vítima a propriedade deles. Portanto, caso o réu seja condenado, a vítima deverá no juízo cível promover a ação adequada da verba indenizatória.¹⁹⁸

¹⁹⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. Cit.*, p. 300.

¹⁹⁸ BRITO, Alexis Couto de [et al.]. *Processo pena brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 333.

3. DAS PENAS: CONCEITOS E NOTÍCIAS

As teorias criadas com a finalidade de justificar a aplicação da pena adotam como base desde aspectos religiosos até utilitaristas. Por isso, como o aprofundamento da temática não coincide com o objetivo desse trabalho não iremos tráfegar pelas veredas mais afuniladas do tema. Teorias Absolutas da Pena fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu crime (*punitur quia peccatum est*). Negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. É ela simples consequência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime.¹⁹⁹ As Teorias Relativas da Pena procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na ideia de justiça, mas de necessidade social (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinuiu, mas advertir aos delinquentes em potência que não cometam crime. Consequentemente, possui um fim que é a prevenção geral e a particular.²⁰⁰

Caracteriza-se a chamada *prevenção geral* da pena pelo efeito de intimidação que a ameaça de sua imposição ou a sua aplicação ou execução concretas possam produzir no seio da comunidade.²⁰¹

Por *prevenção especial* entende-se o objetivo de evitar que o sujeito cometa novas infrações. Trata-se de proporcionar ao condenado, através da execução da pena, caminhos opostos à reincidência.²⁰²

As Teorias Mistas da Pena conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária.²⁰³

¹⁹⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Op. Cit.*, p.220.

²⁰⁰ Idem, p. 220.

²⁰¹ DOTTE, René Ariel [et al.]. *Op. Cit.*, p.67.

²⁰² Idem, p. 67

²⁰³ NORONHA, E. Magalhães. *Op. Cit.*, p.220.

A pena é retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado. É expiação. Antes de escrito nos Códigos, está profundamente radicado na consciência de cada um que aquele que praticou um mal deve também um mal sofrer. Não se trata da *lex talionis*, e para isso a humanidade já viveu e sofreu muito; porém é imanente em todos nós o sentimento de ser retribuição do mal feito pelo delinquente.²⁰⁴ A pena criminal é a sanção imposta pelo Estado e consistente na perda de bens jurídicos do autor da infração, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos atos ilícitos.²⁰⁵

A pena deve *prevenir e reprimir* as condutas ilícitas e culpáveis. Essa dupla finalidade é expressamente consagrada no Código Penal ao dispor que a pena concretizada, a substituição por outra espécie, se cabível, e o regime inicial serão fixados conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.²⁰⁶

3.1 DISTINÇÃO ENTRE PRISÃO-PENA E PRISÃO PROCESSUAL

Bentham²⁰⁷, afirmou que era necessário distinguir a *simples* prisão (prisão processual), da prisão que é *aflitiva ou penal* (prisão-pena). A primeira não é pena, propriamente falando; é uma precaução necessária: há suspeitas de que certo indivíduo cometeu um delito assaz grave para se examinar se ele é criminoso, e receia-se ao mesmo passo que ele não fuja para escapar as penas da lei: eis aqui um motivo para nos assegurarmos da sua pessoa. Em matéria de severidade, a simples prisão não deve ir além do seu fim, todo o rigor que excede a segurança para que o réu não possa fugir, é um abuso. A prisão aflitiva ou penal, deve ser mais ou menos severa segundo a natureza do crime e a condição da pessoa sobre quem recai a suspeita.

²⁰⁴ Idem, p.220.

²⁰⁵ DOTTI, René Ariel [et al.]. *Op. Cit.*, p.65.

²⁰⁶ Idem, p.66.

²⁰⁷ BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 2002, p.77.

Prisão-pena: é a que decorre de sentença condenatória transitada em julgado, que aplica pena privativa de liberdade. Em nosso sistema, a prisão-pena somente existe no âmbito do direito penal, sendo, portanto, de afirmar que a prisão-pena no Brasil é aquela decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.²⁰⁸

A prisão como pena deve ser sempre aquela, decorrente do final do processo judicial, no qual foram proporcionadas ao acusado todas as garantias constitucionais, dentre as quais, o contraditório e a ampla defesa, bem como a colheita de provas, uma vez que vigora a presunção de inocência, e o processo não pode servir de arma para castigar e punir possíveis infratores; deve cercar-se de garantias a fim de que seja imposta ao verdadeiro autor uma sanção imposta pelo crime praticado.²⁰⁹

Neste caso, a prisão se legitima não no momento em que se tem a sentença judicial, mas, sim, no momento em que ela transita em julgado, ou seja, quando ela se torna em regra imutável. O trânsito em julgado é uma garantia processual de que as decisões judiciais estarão cercadas de segurança jurídica, sendo impassíveis de quaisquer alterações conforme bem entenderem as partes e o juiz.²¹⁰

Prisão sem pena: é a que não decorre de sentença condenatória transitada em julgado, não constituindo pena no sentido técnico-jurídico. A doutrina identifica quatro espécies: prisão civil; prisão administrativa; prisão disciplinar e prisão processual (provisória ou cautelar).²¹¹

3.2 A CRISE DA PENA DE PRISÃO

A pena de prisão é relativamente recente, já que remonta aos séculos XVI e XVII. Ainda hoje constitui a espinha dorsal dos sistemas penais contemporâneos. Apesar da longevidade e larga utilização nos dias atuais, já há tempo tornou-se um verdadeiro truísmo falar de *falência* da pena privativa da liberdade.²¹²

²⁰⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. *Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.57.

²⁰⁹ TASSE, Adel El. *Cautelares no processo penal: comentários à lei n. 12.403/2011*. Curitiba: Juruá, 2012, p.42-43.

²¹⁰ Idem, p.42.

²¹¹ Idem. *Ibidem*, p.57.

²¹² QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p.427.

Um sintoma da crise das penas privativas de liberdade é, sem dúvida, o desenvolvimento das medidas alternativas e das sanções substitutivas, que representam, talvez, as principais inovações deste século em matéria de técnicas sancionadoras. Mas este desenvolvimento é também um sinal da resistência tenaz do paradigma carcerário. Medidas alternativas e sanções substitutivas não têm substituído, na realidade, a pena de prisão como penas ou sanções autônomas, mas tem-se somado a ela como seu eventual corretivo, acabando, assim, por dar lugar a espaços incontroláveis de discricionariedade judicial ou executiva. Uma das tarefas mais importantes que se impõe à atual reflexão filosófico-penal é, portanto, a formulação, sobre a base de um repensamento radical da natureza da pena, de um novo sistema de penas, alternativas às vigentes: *penas alternativas*, tenha-se em conta - e não medidas alternativas -, aptas a satisfazer, como penas principais, o duplo fim do direito penal dentro de uma perspectiva de racionalização e de minimização do sistema sancionador. Por outro lado, é preciso reconhecer que a prisão tem sido sempre, em oposição a seu modelo teórico e normativo, muito mais do que a “privação de um tempo abstrato de liberdade”. Inevitavelmente, tem conservado muitos elementos de *aflição física*, que se manifestam nas formas de vida e de tratamento, e que diferem das antigas penas corporais somente porque não estão concentradas no tempo, senão que se dilatam ao longo da duração da penal. Ademais, à aflição corporal da pena carcerária acrescenta-se a *aflição psicológica*: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso.²¹³

Deve-se destacar que a pena de prisão vem sofrendo historicamente uma utilização abusiva. Efetivamente, desde que substituiu as penas corporais, e, em muitas ocasiões, a pena capital, a pena de prisão tornou-se o único meio punitivo do Estado. A consequência dessa abusiva utilização foi o aparecimento da excessiva população carcerária. A superpopulação carcerária, fruto do abuso na utilização da pena de prisão, tem sido um mal para muitos sistemas penitenciários e contribuído diretamente para o não atingimento dos fins de ressocialização desejados.²¹⁴

²¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p.378-379.

²¹⁴ AGUILERA, Abel Téllez. *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Madrid: Edisofer, 2005, p.21.

Questiona-se a validade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos da privação de liberdade e se tem deixado de lado, em plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é o da execução. Igualmente se tem debatido no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever-ser, da teoria, e, no entanto, não se tem dado a atenção devida ao tema que efetivamente a merece: o momento final e problemático, que é o do cumprimento da pena institucional. Na verdade, a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias atuais e na sociedade atual. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do deve ser e da interpretação das normas. Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional.²¹⁵

Pode-se afirmar, que uma das fortes críticas tecidas à finalidade da pena diz respeito à ineficácia de sua execução. A prisão contém, mas não corrige. Cumpre um objetivo que não é um fim. É um obstáculo negativo, pois não preenche nenhuma função positiva. Mantém o homem longe da sociedade e não cria condições sociais para o seu retorno. Pelo contrário, faz nascer novos impulsos criminosos no prisioneiro. Degrada e embrutece. O preso volta à sociedade estigmatizado, não restando outra opção senão a reincidência. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.²¹⁶

²¹⁵ FUNES, Mariano Ruiz. *La crisis de la prisión*. La Habana, 1949, p.7.

²¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p.162.

4. MODALIDADES DE PRISÃO CAUTELAR

A liberdade pessoal do indivíduo é um bem de tão grande valor que a maioria das Constituições a garantem, por esse motivo, quando uma norma jurídica tem por finalidade ou consequência restringir a referida garantia pessoal, a interpretação deve ser restritiva, e em caso de dúvida, deve ser interpretada em favor do réu. O princípio da liberdade pessoal do acusado tem a sua limitação mais importante no caso em que há a prisão antes da sentença definitiva. De um lado, está a garantia da liberdade pessoal, do outro, a prisão cautelar que é imposta por razões sociais legalmente reconhecidas.²¹⁷

Antes da reforma processual penal promovida em 2008 existiam cinco espécies de prisão provisória, eram elas: a) prisão em flagrante delito; b) prisão temporária; c) prisão preventiva; d) prisão decorrente de pronúncia, que tinha lugar nos crimes da competência do tribunal do júri e; e) prisão decorrente de sentença penal condenatória. Após a chamada minirreforma processual, foram abolidas as duas últimas modalidades de prisão processual automáticas.

Com a retirada da autonomia e da automaticidade, a prisão decorrente de pronúncia nos crimes da competência do tribunal do júri e a prisão decorrente de sentença penal condenatória, migraram para a base da prisão preventiva, tornando-se subespécies desta, pois, caso o magistrado entenda pertinente a decretação da prisão do acusado, o fará sob o signo da prisão preventiva e não mais das modalidades abolidas como acontecia até a entrada em vigor das Leis nº 11.689 e 11.690, ambas de 09.06.2008, e 11.719, de 20.06.2008.

Infere-se pois, que após as reformas acima tratadas, remanesceram apenas três modalidades autônomas de prisão cautelar: a) prisão em flagrante delito; b) prisão temporária e; c) prisão preventiva. Mais modernamente, com o advento da Lei nº 12.403/2011 que alterou o art.310²¹⁸ do CPP permaneceram em vigor apenas as prisões

²¹⁷ FLORIÁN, Eugenio. *Op. Cit.*, p.140.

²¹⁸ Art.310 do CPP: Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante comparecimento a todos os atos, sob pena de revogação.

temporária e preventiva. Reforçando essa ideia, o art.283²¹⁹, parte final do CPP, só faz referência a duas modalidades de prisão cautelar: temporária e preventiva.

A prisão em flagrante tem caráter pré-cautelar porque o juiz, ao tomar conhecimento dela, deve: a) relaxar a prisão quando ilegal; b) convertê-la em prisão preventiva (quando presentes seus requisitos); c) conceder liberdade provisória mediante a imposição de uma ou várias medidas cautelares alternativas; d) conceder liberdade provisória sem fiança, ou seja, sem condições.²²⁰

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar porque não tem o escopo de tutelar o processo ou o seu resultado final, mas se destina a colocar o preso à disposição do juiz, para que tome as providências cabíveis (acima elencadas). O juiz tem poderes para converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os seus requisitos. A prisão em flagrante é autônoma diante da preventiva, porém não tem existência independente depois que o juiz toma conhecimento dela. A prisão em flagrante é regida pela instrumentalidade, ou seja, ela é instrumento da prisão preventiva, quando for o caso.²²¹

Com a novel legislação, não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante, segundo a qual a prisão em flagrante poderia perdurar durante todo o processo, sem que em momento algum fosse convertida em preventiva.²²²

Isso porque a prisão em flagrante visa, justamente, impedir a continuidade delitiva e, dessa forma, por fim ao estado de flagrância do sujeito, nas hipóteses da lei. Assim, a prisão se faz necessária única e exclusivamente para obstar e cessar a prática criminosa, não sendo bastante, sob essa condição, para a manutenção do réu em custódia cautelar durante todo o processo.²²³

²¹⁹ Art.283 do CPP: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

²²⁰ BIANCHINI, Alice [et al.], *Op. Cit.*, p.94-95.

²²¹ *Idem*, p.95.

²²² BONFIM, Edilson Mougnot. *Op. Cit.*, p.76.

²²³ *Idem*, p.76.

Com a reforma das medidas cautelares determinada pela Lei n. 12.403/2011, todas as modalidades cautelares poderão ser decretadas para proteger os fins da fase de investigação criminal, bem como à fase processual, exceto a prisão temporária e a prisão em flagrante delito, que somente podem ser impostas na fase investigatória.²²⁴

Beccaria²²⁵, em 1764, visionário do seu tempo já demonstrava preocupação com a duração do processo, por isso, afirmou que quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será. Mais justa, porque poupará ao acusado os cruéis tormentos da incerteza, tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da força de imaginação e do sentimento de fraqueza. A presteza do julgamento é justa ainda porque, a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige. Se a prisão é apenas um meio de deter um cidadão até que ele seja julgado culpado, como esse meio é aflitivo e cruel, deve-se, tanto quanto possível, suavizar-lhe o rigor e a duração. Um cidadão detido só deve ficar na prisão o tempo necessário para a instrução do processo; e os mais antigos detidos têm o direito de ser julgados em primeiro lugar.

O tempo e o processo são fenômenos em constante confronto. O tempo conspira contra o processo, porque depende dele a possibilidade de imposição de pena, depende dele a prática dos atos processuais dentro de prazos legalmente estabelecidos. Tudo no processo depende do tempo.²²⁶

Quando se trata de réu preso, o processo deve desenvolver-se segundo critérios razoáveis de tempo. Nem célere ao extremo, a ponto de submeter o acusado ao suplício da prisão sem sentença. Neste sentido, entende-se ilegal a coação quando o acusado estiver preso mais tempo do que prevê a lei para a formação da culpa.²²⁷

É inegável a ligação entre o tempo e o Direito. Mais particularmente, a prisão tem uma conexão íntima com o tempo, pois esse influi de forma decisiva não apenas sobre o

²²⁴ BRITO, Alex Couto de [et al.]. *Op. Cit.*, p.218-219.

²²⁵ BECCARIA, Cesare. *Op. Cit.*, p. 109.

²²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. [et al.]. *Op. Cit.*, p. 45-46.

²²⁷ *Idem*, p. 46.

estigma, aumentando-o, como também aniquila a presunção de inocência na consciência do julgador.²²⁸

O pronunciamento judicial que cumpre com sua nobre missão de compor uma controvérsia intersubjetiva ou um conflito de alta relevância social (na esfera penal) no momento oportuno, proporciona às partes, aos interessados e aos operadores do direito grande satisfação. Mesmo aquele que sai derrotado não deve lamentar-se da pronta resposta do Judiciário, uma vez que, sob o prisma psicológico, o possível e natural inconformismo é, sem dúvida, mais tênue quando a luta processual não se prolonga durante muito tempo.²²⁹

No que tange à prisão provisória, impende-se a fixação de prazo máximo. Isto porque se trata de uma intervenção estatal na liberdade individual que é mais grave do que a própria prisão pena, pois nesta última houve a atuação jurisdicional exaustiva com contraditório e ampla defesa, seguida do trânsito em julgado. Na primeira o juízo é de mera probabilidade, na maioria absoluta das vezes sem ouvir o requerido. Ademais, na realidade brasileira, as instituições que acolhem os presos provisórios são, em regra, mais indignas do que as destinadas aos condenados. Estes ainda podem ter progressão e regimes diferenciados enquanto a prisão cautelar é sempre em regime fechado.²³⁰

Com efeito, se por um lado não pode o legislador fixar um prazo máximo para a duração do processo vez que este deve ser aferido em cada caso concreto, por outro o legislador deve fixar um prazo máximo para a prisão provisória, pois o princípio da legalidade não poderia atuar para a providência final e ser olvidado para a providência provisória (cautelar).²³¹

Imprescindível, pois, para a eficácia do direito fundamental, que a lei preveja o prazo máximo de duração da prisão e imponha como consequência automática do excesso, a soltura do réu. Destaque-se: não basta a mera fixação de prazos, é imprescindível que seja imposta uma sanção pela demora processual que, no caso das pri-

²²⁸ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166.

²²⁹ *Idem*, p. 366.

²³⁰ NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 118.

²³¹ *Idem*, p. 118

sões cautelares, deve ser a imediata soltura do réu preso, de forma automática, a exemplo do que já ocorre na prisão temporária.²³²

4.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

Flagrante, do latim *flagrans, flagrantis* (do verbo *flagrare*, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão *flagrante delito*, para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração, o delito que está sendo cometido, que ainda está ardendo... o “delito surpreendido em plena crepitação”. Prisão em flagrante é, assim, a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal.²³³

Ricardo Levene²³⁴, considera em flagrante delito quem é surpreendido com indícios veementes do delito ou exista provas circunstanciais (semiplena) da culpabilidade, devendo o detido ser apresentado imediatamente ao juiz competente.

A prisão em flagrante é uma exceção constitucional à regra de que ninguém pode ser preso sem ordem fundamentada da autoridade judiciária competente e vem prevista no art. 5º, inciso LXI.²³⁵

4.1.1 A COGNIÇÃO JUDICIAL DO FLAGRANTE E SUA NATUREZA JURÍDICA

A doutrina brasileira costuma classificar a prisão em flagrante, prevista nos arts.301 e seguintes do CPP, como medida cautelar. Trata-se de um equívoco, a nosso ver, que vem sendo repetido sem maior reflexão ao longo dos anos e que agora, com a reforma processual de 2011, precisa ser revisado. O flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com a novel legislação, não

²³² LOPES JR., Aury [et al.]. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 107-108.

²³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, 3º volume*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.479-480.

²³⁴ LEVENE, Ricardo. *Manual de derecho procesal penal: doctrina, legislacion y jurisprudencia*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967, p.261.

²³⁵ Art.5º, inciso LXI: Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante, segundo a qual a prisão em flagrante poderia perdurar durante todo o processo, sem que em momento algum fosse convertida em preventiva.²³⁶

Isso porque a prisão em flagrante visa, justamente, impedir a continuidade delitiva e, dessa forma, por fim ao estado de flagrância do sujeito, nas hipóteses da lei. Assim, a prisão se faz necessária única e exclusivamente para obstar e cessar a prática criminosa, não sendo bastante, sob essa condição, para a manutenção do réu em custódia cautelar durante todo o processo.²³⁷

Portanto, ao consagrar o entendimento supracitado, o legislador tornou a prisão em flagrante em uma *subcautela*, verdadeira *precautelar*, como alude parte da doutrina, ao determinar que o magistrado deva decidir de forma fundamentada, aduzindo a presença dos elementos ou de circunstâncias autorizadores da prisão preventiva, de que modo que venha efetivamente a decretá-la ou, de outra parte, conceder ao preso liberdade provisória ou devolver-lhe imediatamente sua liberdade.²³⁸

4.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

No Governo Costa e Silva e no Governo Geisel (períodos de exceção) houve várias tentativas visando à criação da *prisão para averiguações*, coisa, aliás, que na prática existia e continua existindo. Contudo, aqueles que por ela propugnavam não lograram êxito... Passado o *período da ditadura*, o governo democrático a instituiu com o nome de “prisão temporária”.²³⁹

A prisão temporária no direito brasileiro foi introduzida por meio da Lei n. 7.960/89 que passou a permitir a restrição da liberdade do investigado em certas hipóteses, por prazo certo, durante o inquérito policial, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária e a requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

A prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva, tem requisitos menos

²³⁶ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p.804.

²³⁷ Idem, p.76.

²³⁸ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p.804.

²³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. Cit.*, p. 529-530.

rigorosos que ela, mas não será decretada se manifestamente não se decretaria aquela, e que, apesar dos seus requisitos instituírem uma presunção de necessidade da prisão, não teria cabimento a sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário.²⁴⁰

A prisão temporária possui uma cautelaridade voltada para a investigação preliminar e não para o processo. Não cabe prisão temporária (ou sua permanência) quando já tiver sido concluído o inquérito policial. Então, se já houver processo ou apenas tiver sido oferecida a denúncia, não pode permanecer a prisão temporária. Trata-se de uma prisão finalisticamente dirigida à investigação e que não sobrevive no curso do processo penal por desaparecimento de seu fundamento. Encerrada a investigação preliminar, não se pode mais cogitar de prisão temporária.²⁴¹

4.2.1 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA.

Diante do fato de a Lei n. 7.960/89 estar umbilicalmente ligada a Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, que visou a regularização da antiga *prisão para averiguações*, muitos doutrinadores passaram a questionar a constitucionalidade da referida lei face à existência de vício na origem.

Roberto Delmanto Junior²⁴² afirma que é correta a interpretação de que o vício de origem viola a garantia constitucional da reserva legal, que pressupõe, outrossim, a correta elaboração legislativa, abrangida por outra garantia constitucional, qual seja, a do *substantive due process of law*.

A questão que nos parece interessante, de início, é que a referida prisão foi criada através da Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, ou seja, o Executivo, através de Medida Provisória, legislou sobre Processo Penal e Direito Penal, matérias que são da competência privativa da União e, portanto, deveriam ser tratadas pelo Congresso Nacional, pois o art. 4º da Lei de Prisão Temporária criou um tipo penal na Lei n. 4.898/65. Neste caso, entendemos que a lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Há flagrante inconstitucionalidade por vício formal,

²⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 240-241.

²⁴¹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 170.

²⁴² DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 151.

qual seja: a iniciativa da matéria.²⁴³

Jorge Miranda²⁴⁴, reconhece a situação acima como inconstitucionalidade orgânica ou formal, pois, segundo ele, reveste-se de várias feições. Uma vez tem dimensão meramente procedimental ou técnica, Outras vezes pode repercutir-se na vida dos cidadãos e no equilíbrio entre os órgãos de poder – como na hipótese de violação de reserva de lei ou de regimento. A fórmula clássica da separação de poderes segue válida enquanto subsiste o Estado constitucional, embora mudado, pois com ele remanesce o problema do limite do poder em nome da liberdade e da distribuição e da limitação das suas funções.²⁴⁵

Tais argumentos não foram ignorados pelo Ministro Celso de Mello, quando deferiu a liminar postulada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionando a validade da Medida Provisória n. 111/89. Segundo o Ministro, a proteção constitucional da liberdade tem, no princípio da reserva absoluta de lei – e de lei formal – um de seus instrumentos jurídicos mais importantes. A cláusula da reserva absoluta de lei confere um inigualável grau de intensidade jurídica à tutela constitucional dispensada à liberdade individual, pois condiciona a legítima imposição de restrições ao *status libertatis* da pessoa à prévia edição de um ato legislativo em sentido formal.²⁴⁶

Perante a composição plena da Suprema Corte, todavia, tal tese acabou não prevalecendo, decidindo o Supremo, por maioria de votos (8 a 2), que a ADI resultou prejudicada em virtude da perda do objeto, por considerar que a Lei n. 7.960/89 não foi originada da conversão da Medida Provisória 111/89.²⁴⁷

4.2.2 OBJETO

O objeto da prisão temporária, é o mesmo de todas as prisões cautelares, ou seja,

²⁴³ RANGEL, Paulo. *Op. Cit.*, p. 457.

²⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 452.

²⁴⁵ NASCIMENTO, Rogério Soares. *Abuso do poder de legislar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64.

²⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 294.

²⁴⁷ STF, Pleno, ADI 162/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27/08/1993, p. 1.

a garantia do normal desenvolvimento do processo (no caso, o normal desenvolvimento do inquérito policial), por ser imprescindível para a investigação preliminar e a fim de garantir, no futuro, a eficaz aplicação do *jus puniendi*.²⁴⁸

A autoridade policial deve justificar o caráter dessa prisão e sua imprescindibilidade em relação às investigações. Lembrando: a liberdade é a regra, a prisão é medida excepcional. No caso da prisão temporária, é essencial que a autoridade policial estabeleça em que ponto ou em que consequência de caráter objetivo, concreto, o direito à liberdade da pessoa investigada possa interferir no curso das investigações.²⁴⁹

4.2.3 REQUISITOS NECESSÁRIOS À DECRETAÇÃO

A divergência relevante que há com relação à prisão temporária refere-se ao art. 1º, da Lei n. 7.960/89²⁵⁰, quando trata dos requisitos necessários à decretação da medida odiosa.

A divergência situa-se basicamente em quatro posições nítidas: a) prisão temporária só é cabível em qualquer das três hipóteses do art. 1º; b) só é cabível se ocorreram as três situações do art. 1º; c) basta a cominação de dois dos requisitos; d) as hipóteses do art. 1º devem ser interpretadas de acordo com a prisão preventiva, prevista no art.312 do CPP.²⁵¹

²⁴⁸ WEDY, Miguel Tedesco. *Op. Cit.*, p. 131.

²⁴⁹ LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 104.

²⁵⁰ Art. 1º, da Lei n. 7.960/89: Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

²⁵¹ Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Autores já defenderam serem necessários todos os três requisitos, o que iria tornar a medida de difícil aplicação, pois, por mais necessária que fosse a custódia, se o agente tivesse residência fixa e identidade certa, não poderia a mesma ser aplicada. Por outro lado, não é defensável que coubesse a medida se presente apenas um dos requisitos, pois neste caso, desde que necessária à investigação, ou desde que o agente não possua residência fixa, seja em que crime for, poderia ser decretada a prisão. Seria um contrassenso, pois então por que o legislador enumerou os crimes em que a prisão seria cabível? Destarte, a melhor interpretação é aquela que procura adaptar a intenção do legislador à exigência daqueles requisitos das medidas cautelares, atendendo, assim, à natureza do instituto.²⁵²

Fazendo coro ao entendimento acima esposado, Antônio Scarance Fernandes²⁵³, estatui não ser possível exegese no sentido de ser bastante o preenchimento de um só dos requisitos dos três incisos para a prisão temporária. É mister outra leitura desse art. 1º, por meio da qual não se perca de vista a natureza cautelar de toda prisão durante a investigação ou durante o processo, sendo trabalho do intérprete verificar se ele contempla, em seus três incisos, as exigências do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*, ajustando-se, assim, a prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Constata-se que o *fumus boni iuris* está presente no inciso III, quando exige, para a prisão temporária, fundadas razões de autoria ou participação do indiciado em determinados crimes, nele relacionados. As fundadas razões serão aferidas diante de elementos concretos, objetivos, que permitam uma avaliação positiva do juiz a respeito da autoria ou participação do indiciado. Como sempre será exigível para a prisão a invocação do inciso analisado, ela não poderá atingir pessoas suspeitas da prática de crimes que nele não estão relacionados, exceto se for autorizada para outros crimes por legislação posterior. O *periculum libertatis*, por outro lado, está presente nos dois incisos anteriores. O inciso I, que prevê a prisão para o sucesso da investigação, justifica a medida constritiva como forma de assegurar o resultado futuro do processo, ante o risco de não serem colhidos elementos importantes para a demonstração do crime ou da autoria. O inciso II permite a prisão do indiciado que não tem residência fixa ou não fornece elemen-

²⁵² POLASTRI, Marcellus. *Op. Cit.*, p. 212.

²⁵³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Op. Cit.*, p. 321-322.

tos necessários para esclarecer sua identidade, porque, em caso de fuga e desaparecimento, dificilmente seria encontrado, com prejuízo para a futura instrução criminal ou com perigo de não ser aplicada a lei penal.²⁵⁴

Com a nova redação dada ao art.313, parágrafo único²⁵⁵, dada pela Lei n. 12.403/2011, o fundamento encontrado no inciso II do art. 1º da Lei n. 7.960/1989²⁵⁶ parece se tornar redundante e, assim, ensejar apenas a decretação da prisão preventiva. Aliás, mesmo na interpretação da lei específica dessa medida cautelar o fundamento em questão chegou a ser repudiado quando assentado apenas em situação de duvidosa qualificação da pessoa suspeita.²⁵⁷

4.2.4 DURAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Um dos problemas mais importantes enfrentados no direito processo penal da atualidade é o da duração da prisão, a qual equivale a duração da neutralização do princípio da presunção de inocência que, como é evidente, deveria ser breve, de modo que no menor tempo possível se possa acabar com o desconforto judicial.²⁵⁸

No ordenamento jurídico brasileiro encontramos tal critério apenas no caso de prisão temporária, que poderá ter duração de cinco dias (Lei n. 7.960/89, art.2º)²⁵⁹ ou trinta dias (Lei n. 8.072/90, art.2º, § 4º)²⁶⁰, prorrogáveis pelos mesmos prazos.

²⁵⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Op. Cit.*, p. 322.

²⁵⁵ Art. 313: Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

²⁵⁶ Art. 1º, da Lei n. 7.960/89: Caberá prisão temporária: II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

²⁵⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 71.

²⁵⁸ PASTOR, Daniel. *Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal*. Disponível em: <<http://www.derecho.uchile.cl/.../Articulo%20sobre%20plaz>> Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

²⁵⁹ Art. 2º: A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

²⁶⁰ Art.2º, § 4º: A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Da análise da legislação acima podemos inferir que quando a questão versar acerca de crime comum a prisão temporária, uma vez preenchidos os requisitos legais, poderá ser decretada por cinco dias prorrogáveis por mais cinco sempre pelo juiz em respeito ao princípio da jurisdicionalidade. De outra banda, quando referir-se a crimes hediondos ou assemelhados a prisão temporária poderá ser decretada por 30 dias prorrogáveis por igual período.

4.3 PRISÃO PREVENTIVA

Por vezes, as exigências de prevenção especial apresentam-se de tal modo fortes que não restará à sociedade civil, através das autoridades judiciárias, senão a contenção do suspeito a um espaço físico que lhe não permita subtrair-se ao processo tendente à sua responsabilização e que obste ao perigo de persistir ou reincidir na prática de novos delitos graves.²⁶¹

A prisão preventiva é um ato cautelar porque impõe a limitação da liberdade individual de uma pessoa a partir de uma declaração judicial que tem como objetivo assegurar o desenvolvimento regular do processo de conhecimento, bem como a execução da pena.²⁶²

Essa medida cautelar, sempre vem dentro de um conflito entre certos direitos fundamentais, como a liberdade e a presunção de inocência (garantia do espaço de liberdade do acusado), e o dever do Estado de processar o crime. Por isso, a medida em tela só se justifica quando estritamente necessária e não há outros mecanismos menos radicais para essa função. Em razão disso, não deve ser prolongada para além do que é necessário ou essencial para assegurar o estabelecimento da verdade, o processo e a aplicação da lei.²⁶³

No novo sistema, a *prisão preventiva* é mais importante, não só por sua maior abrangência, mas também - e principalmente - porque seus fundamentos devem servir de

²⁶¹ ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 45.

²⁶² FENECH, Miguel. *Op. Cit.*, p. 129.

²⁶³ AÑEZ, William Herrera. *Derecho procesal penal (El nuevo proceso penal)*. Santa Cruz de la Sierra: Editorial Universitaria, 1999, p. 278-279.

pressuposto a todas as demais espécies de restrição cautelar imposta ao acusado.²⁶⁴

Importa aqui lembrar que, de acordo com a Constituição Federal, a prisão em flagrante, embora em momento posterior à sua realização, deve também ser levada ao crivo da autoridade judiciária competente, que a relaxará se for ilegal ou concederá liberdade provisórias nas hipóteses previstas em lei, devendo a prisão ser mantida penas se presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva.²⁶⁵

A superação da prisão como forma de garantia do Juízo é o principal objetivo da reforma das cautelares pessoais desde o Projeto Frederico Marques e nas reformas pontuais em curso desde o início dos anos 1990 e se consolida com a Lei n. 12.403/2011. De igual maneira afigura-se na reforma global do CPP o mesmo desenho, com a desconstrução da prisão x liberdade para fazer incidir uma série de mecanismos intermediários de asseguramento do Juízo.²⁶⁶

4.3.1 OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Como a prisão preventiva possui natureza jurídica de medida cautelar, ela também está condicionada à presença conjunta do *fumus boni iuris*, aqui tratado como *fumus comissi delicti*, e do *periculum in mora*, aqui reconhecido como *periculum libertatis*.

Sendo essencialmente provisória, a medida cautelar da prisão preventiva nasce preordenada a um sucessivo provimento definitivo (o que pode falhar, é claro), e tem por finalidade prevenir um perigo, ou seja, evitar um dano jurídico-penal, que se apresenta como *provável* com base nas circunstâncias do fato.²⁶⁷

Com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, para além da demonstração do *fumus comissi delicti*, consubstanciado pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação, e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal), também passa a ser necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade

²⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 184.

²⁶⁵ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Op. Cit.*, p. 153.

²⁶⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. Cit.*, p. 77.

²⁶⁷ VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 119.

de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão.²⁶⁸

Com a inauguração do novo microsistema processual penal das cautelares tem-se como ratificada a ideia de que as medidas cautelares diversas da prisão passaram a figurar como preferíveis em relação à prisão preventiva face à sedimentação dos direitos fundamentais. Nessa linha, o juiz só poderá decretar a medida excepcional quando não houver no cardápio processual medida menos agressiva com o fito de tutelar o processo e ou a investigação.

Tratando-se de medida cautelar, como dito acima, indispensável para a decretação da prisão preventiva, o *fumus comissi delicti*, aqui representado pela *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*. Em outras palavras, primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de grave indício de sua autoria (que são pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo *concreto* que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus requisitos).²⁶⁹

Para que a prisão cautelar possa ser aplicada, o magistrado deverá verificar, concretamente, a ocorrência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, ou seja, se a prova indica ter o acusado cometido o delito, cuja materialidade deve restar comprovada, bem como se sua liberdade *realmente* representa *ameaça* ao tranquilo desenvolvimento e julgamento da ação penal que lhe é movida, ou à futura e eventual execução.²⁷⁰

A prova da materialidade da infração que deixa vestígios é realizada por meio do *exame de corpo de delito*. Os pareceres técnicos elaborados por médicos legistas e especialistas, apresentados pela acusação quando do oferecimento da denúncia, são aptos a fornecer indícios da autoria do delito, permitindo-se a decretação da prisão preventiva do acusado.²⁷¹

²⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro. *Op. Cit.*, p. 239.

²⁶⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Op. Cit.*, p. 84.

²⁷⁰ *Idem*, p. 84.

²⁷¹ STJ, HC 20.633/PA, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, j. 11.06.2002, DJ 05.08.2002, p. 367.

Há que se pensar, contudo, na exigência de indícios veementes (e não meros indícios) a respeito da ocorrência de determinado crime para que se possa continuar no raciocínio a respeito da admissibilidade da prisão cautelar de que ora se cuida.²⁷²

Recaindo a prisão preventiva sobre determinada pessoa, é indubitoso que esta medida extrema e excepcional só poderá ser adotada se, *in casu*, além de ficar demonstrada a existência de prova da ocorrência do crime, também se evidenciar nos autos do inquérito ou da ação penal a existência de indícios suficientes indicativos da autoria.²⁷³

Na verdade a expressão “*indícios suficientes*” significa probabilidade certa de autoria e não simples possibilidade. Aliás, a expressão suficiente é usada no código com o mesmo sentido de “*veemente*”, que é mais tradicional, e era usada no Código de Processo Criminal do Império.²⁷⁴

De igual modo, resta indispensável para a decretação da prisão preventiva, a demonstração concreta do *periculum libertatis*, aqui materializado pela *garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal*.

A prisão cautelar não é vedada pela Constituição Federal e, atendidas a legalidade, a proporcionalidade, a celeridade processual e a adequação, é medida que restabelece a segurança social e confere credibilidade à justiça, além das cautelas instrumental e final. É medida utilíssima ao processo, assumindo condição de instrumento necessário para viabilizar a distribuição da Justiça. Tudo isso, no propósito de ser alcançado o equilíbrio entre o combate à criminalidade sem elidir as garantias individuais.²⁷⁵

4.3.1.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A garantia da ordem pública, como um dos seus motivos, rende ensejo a críticas veementes por parte da doutrina, porquanto passa a ser considerada uma verdadeira medida de segurança, com conseqüente antecipação da sanção. Objeta-se esse fundamen-

²⁷² MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 140.

²⁷³ Idem, p. 141.

²⁷⁴ CAMPOS, Romeu Pires de Campos. *Op. Cit.*, p. 194.

²⁷⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai. *Op. Cit.*, p. 198.

to, apontando para uma permissão de discricionariedade a cargo do juiz, em especial porque o conceito não é delimitado, aceitando uma carga meramente emocional. Contudo, justifica-se a licitude do fundamento em questão, uma vez que visa a impedir que o agente pratique outros delitos.²⁷⁶

É de se esclarecer que a *ordem pública* estaria em perigo quando o réu, livre e solto, possa concluir crime interrompido ou praticar outros. Fala-se também em repercussão danosa e prejudicial ao meio social.²⁷⁷

Em se tratando de prisão preventiva, o fator tempo é de imensa relevância. Não é razoável aceitar-se uma medida de urgência requerida e decretada muito tempo após o fato. As duas realidades – prisão preventiva e decurso excessivo de tempo – contradizem uma a outra.²⁷⁸

A garantia da ordem pública para ser utilizada como fundamento para a decretação da prisão preventiva exige do Estado-Juiz uma atuação dentro de prazo razoável, sob pena de não servir como suporte para eventual restrição da liberdade, pois o tempo dissolverá a urgência da medida desnaturando a cautelaridade do instituto da prisão preventiva.

“Ordem pública” é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que ela é uma coação cautelar, e sem cautelaridade não se admite, à luz da Constituição, prisão preventiva. “Perigosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão”, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica “ordem pública”. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.²⁷⁹ Quando a lei diz que a prisão preventiva poderá ser decretada “como garantia da ordem pública”, não deixa de haver um certo gosto de “são sentimento do povo”, de consequências tão nefastas.²⁸⁰

²⁷⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai. *Op. Cit.*, p. 192.

²⁷⁷ *Idem*, p. 197.

²⁷⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. Cit.*, p. 361.

²⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. Cit.*, p. 552-553.

²⁸⁰ VARGAS, José Cirilo de. *Op. Cit.*, p. 159

A mídia que se utiliza da linguagem *espetacular* influencia a opinião pública desde o impacto inicial do processo informativo. Esse fator de influência se dá, não necessariamente, com a informação do acontecimento transformada em notícia, mas pela forma como ela é comunicada. A notícia que interfere na opinião pública é a capaz de sensibilizar o leitor, ouvinte ou telespectador. Ela é intensa, ela produz impacto que fortalece a informação. O redator da notícia transforma o ato comum em sensacional, cria um clima de tensão por meio de títulos e imagens fortes, contundentes, que atingem e condicionam a opinião pública.²⁸¹

A valorização da violência, o interesse pelo crime e pela justiça penal é uma prática enraizada na mídia, que encontra seu melhor representante no jornalismo sensacionalista. Utilizando-se de um modo próprio da linguagem discursiva, ágil, coloquial e do impacto da imagem, promove uma banalização e espetacularização da violência.²⁸²

Ademais, não se pode perder de vista o fato de que as decisões restritivas da liberdade do indivíduo precisam ser motivadas concretamente, sob pena de nulidade. Atento a essa premissa, Amilton Bueno²⁸³, sustenta que a generalidade da fundamentação serve para colocar na prisão qualquer cidadão, seja qual for o crime cometido – se serve para tudo, serve para nada. Determinar a prisão de alguém é ato da maior responsabilidade social a exigir, em contrapartida, séria fundamentação, com o apontamento de dados objetivos que a justifique, pena de totalitarismo judicante.

A expressão referida - garantia da ordem pública – é completamente vaga e ofensiva da segurança jurídica, não tendo qualquer significado especial. Na verdade, ela é meramente explicativa, e poderia muito bem ter sido omitida do texto processual, visto que *toda* prisão decretada em processo penal se destina a garantir a ordem pública, que é sempre perturbada, em maior ou menor escala, com a prática da conduta punível.²⁸⁴

²⁸¹ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Op. Cit.*, p. 54.

²⁸² VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Op. Cit.*, p. 55.

²⁸³ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 259.

²⁸⁴ VARGAS, José Cirilo de. *Op. Cit.*, p. 159-160.

4.3.1.2 GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

Alterando-se o prisma para a *garantia da ordem econômica*, não se pode perder de vista que esse requisito da prisão preventiva é uma espécie do gênero *ordem pública*. Noutros termos, a ordem econômica, quando abalada, tende a acarretar gravame à ordem pública. Reserva-se tal prisma à delinquência de colarinho branco, autora de crimes econômicos, financeiros e tributários. Não se trata de uma prisão cautelar indiscriminada, mas associada a bases reais de perturbação da segurança no nível econômico. Quem comete um crime desse porte, insistindo, enquanto aguarda a investigação ou o processo, a permanecer ativo em seus negócios fraudulentos e ilícitos, certamente, provoca abalo à ordem econômica, justificando a decretação da prisão cautelar. Em suma, como espécie do gênero *garantia da ordem pública*, a ordem econômica deve ser vista sob os fatores do seu gênero, associados às particularidades da delinquência nessa particular área do Direito.²⁸⁵

Eugênio Pacceli²⁸⁶, chega a sustentar que a Lei n. 12.403/2011 perdeu a oportunidade de extirpar do ordenamento jurídico vigente a expressão *garantia da ordem pública e econômica* na definição de hipótese em que cabível a custódia cautelar. E, se é de se lamentar, pela vagueza, a conservação da expressão *ordem pública*, ainda menos adequada se mostra a disposição quanto à garantia da *ordem econômica*. Sustenta ademais, que a expressão *ordem econômica* contida na previsão relativa à *garantia da ordem pública*, se encontra revogada tacitamente pela lei n. 12.529/11²⁸⁷.

De toda forma, a *ordem econômica* visa a tutelar uma significativa lesão econômica e suas repercussões na ordem financeira, no mercado de ações, na credibilidade das instituições financeiras etc.²⁸⁸

4.3.1.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Também será cabível a prisão preventiva na hipótese de desrespeito à conveniên-

²⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela lei n. 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

²⁸⁶ PACCELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da lei n. 12.403/2011*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 100.

²⁸⁷ A Lei n. 12.259/11, por seu art. 127, revogou os arts. 1º a 85 e 88 a 93 da Lei n. 8.884/94, sendo um contrassenso admitir-se a manutenção exclusiva de seus arts. 86 e 87, o primeiro deles (art. 86), justamente o que introduziu a expressão ordem econômica no art.312, CPP.

²⁸⁸ MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 161.

cia da instrução criminal. Neste caso, a prisão do investigado ou acusado tem por escopo impedir que atos ou pessoas possam turbar o bom andamento do processo.

A conveniência da instrução criminal tem função dúplice: a) utilizar-se do acusado como prova no processo; b) evitar que ele prejudique a colheita da prova, dificultando a descoberta da verdade. No primeiro aspecto, não se apresenta mais qualquer dúvida de que o acusado é também prova no processo, não só pelo que possa dizer, cooperando com o juiz na reconstrução fática; mas também pelo seu próprio aspecto somático, bastando pensar num reconhecimento de pessoa, o qual não se realiza sem a sua presença. Neste aspecto o acusado prova com o seu corpo, sendo examinado em juízo como se fora uma prova real. Mas, a segunda função também encarece a necessidade da prisão do acusado, notadamente quando se trate de pessoa poderosa no *distrito da culpa*, ou de *indivíduo de acentuada periculosidade*. Nesse sentido, envolve todas as manobras que possam dificultar e, muitas vezes, até mesmo impossibilitar a produção da prova, o uso de meios como o suborno, a corrupção ou a coação contra a vítima, testemunhas, peritos e funcionários da justiça. Outro aspecto em que ainda poderá ensejar a conveniência da prisão é o comportamento processual do réu. Tal ocorre quando este é revel, não atende aos atos de comunicação processual demonstrando descaso pela atuação da justiça, tornando-se, por vezes, inútil a condução forçada.²⁸⁹

Assim, se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do contrário, o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal. É preciso, contudo, haja nos autos prova desse procedimento do réu. Aí, sim, o poder coercitivo do Estado se justifica para impedir que o réu prejudique a atividade jurisdicional, perturbando a obtenção da verdade.²⁹⁰

4.3.1.4 ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Por fim, caberá a prisão preventiva como forma de assegurar a aplicação da lei

²⁸⁹ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Op. Cit.*, p. 200-201.

²⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. Cit.*, p. 555-556.

penal. Nesse caso, a prisão cautelar faz-se necessária em nome da efetividade do processo penal, assegurando que o acusado estará presente para cumprir a pena que lhe for imposta.²⁹¹

É claro que envolve um juízo arriscado, porquanto muitas vezes prematuro a respeito de uma *eventual* condenação, *que poderá ou não acontecer*. Mesmo assim, não raras vezes, será a providência cautelar que irá impedir que o investigado ou réu, estando pronto para fugir, não deixe de ser alcançado pela Justiça Criminal. Em certas situações, ciente da gravidade do crime cometido e convencido da correspondente condenação que daí advirá num futuro próximo, seguindo orientação ou mesmo por ideação sua, o increpado começa a se desfazer de seus bens móveis, pede demissão do emprego, coloca sua casa à venda etc.²⁹²

Esse fundamento para a prisão preventiva visa a garantir a presença do réu em todos os atos processuais, quando sua fuga do distrito da culpa é iminente, impossibilitando, com isso, a execução da pena. Também é cabível se o réu já está foragido.²⁹³

4.4 SITUAÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

Sendo essencialmente provisória, a medida cautelar da prisão preventiva nasce preordenada a um sucessivo provimento definitivo (que pode falhar, é claro), e tem por finalidade prevenir um perigo, ou seja, evitar um dano jurídico-processual, que se apresenta como *provável* com base nas circunstâncias do fato.²⁹⁴

Se o crime é ação a que se juntam os atributos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, segue-se que não haverá prisão preventiva sem a prova desses três elementos; bastaria, no entanto, que o juiz se convencesse da inexistência do dolo, para não decretá-la. Mas se o fato não fosse típico por outra razão, estranha ao dolo, falharia na ilicitude (sem possibilidade da custódia preventiva) porque, em matéria criminal, *a ilicitude é tipificada*. Se o juiz ultrapassasse a tipicidade, chegando à ilicitude, poderia

²⁹¹ BONFIM, Edilson Mougnot. *Op. Cit.*, p. 85.

²⁹² MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 163.

²⁹³ CURY, Rogério. *Estudo comparado da lei n. 12.403/2011: prisão e medidas cautelares*. São Paulo: Rideel, 2011, p. 30.

²⁹⁴ VARGAS, José Cirilo de. *Op. Cit.*, p. 120.

identificar uma justificativa penal, e ficaria impedido do decreto, por ser lícito o fato. Acaso ultrapassada a ilicitude, a culpabilidade teria de ser examinada, pois a lei reduz a prisão preventiva às hipóteses de crime doloso. Se o dolo estivesse excluído, ao juiz nem carecia investigar qualquer remanescente culposo, pois já estaria impedido de decretar a medida.²⁹⁵

Conforme a nova redação do art. 313 do CPP²⁹⁶, determinada pela Lei n. 12.403/2011, nos termos do art. 312 do CPP²⁹⁷, será admitida a decretação da prisão preventiva nas situações descritas nos artigos acima citados.

Além da existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, a prisão preventiva somente poderá ser decretada nos crimes dolosos. Não existe possibilidade de prisão preventiva em crime culposo, ainda que se argumente em torno da existência de quaisquer dos requisitos do art. 312 do CPP. Isso porque, para além do princípio da proporcionalidade, o art. 313 do CPP inicia por uma limitação estabelecida no inciso I: crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos.²⁹⁸

Com a nova sistemática introduzida pela Lei n. 12.403/2011, duas são as formas de prisão preventiva. Ao lado da tradicional prisão preventiva, que é possível de ser aplicada independentemente de qualquer outra medida cautelar anterior (preventiva originária ou autônoma), há outra forma desta prisão, estabelecida justamente em função do descumprimento das medidas alternativas à prisão, prevista no art. 282, § 4º c/c o art.

²⁹⁵ VARGAS, José Cirilo de. *Op. Cit.*, p. 120.

²⁹⁶ Art. 313 do CPP: Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; ~~IV - (revogado)~~. Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

²⁹⁷ Art. 312 do CPP: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

²⁹⁸ LOPES JR, Aury. *Op. Cit.*, p. 97.

312, parágrafo único, do CPP²⁹⁹. É a que nós chamaremos de prisão preventiva *substitutiva*, pois sua finalidade precípua é substituir alguma medida alternativa à prisão anteriormente aplicada, em caso de descumprimento, pelo investigado ou acusado, de qualquer das obrigações impostas.³⁰⁰

O art. 313, em seus incisos e parágrafo único, CPP, portanto, apresenta-se como expressão efetiva do caráter *excepcional e subsidiário* da prisão preventiva, já antecipado em outros dispositivos que conformam o *regramento geral* de manejo das cautelares. E assim faz ao prever condicionantes exclusivas dessa cautelar pessoal, que não encontram paralelo nas disposições relativas às demais. Aliás, no que tange às medidas diversas da prisão, a única condicionante *objetiva* é a que se extrai do disposto no art. 283, § 1º, do CPP, que limita sua aplicação às infrações às quais seja aplicável pena privativa de liberdade.³⁰¹

4.4.1 NOS CRIMES DOLOSOS PUNIDOS COM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS (art. 313, inciso I, do CPP)

Na antiga redação, dispunha o art. 313, I, do CPP ser cabível a decretação de prisão preventiva em relação aos “crimes punidos com reclusão”. Como se pode concluir, bastava que a pena cominada fosse de reclusão para que estivesse aberta a possibilidade de prisão preventiva, cuja decretação iria depender, sempre, da conjugação dos demais requisitos (pressupostos + ao menos uma circunstância autorizadora).³⁰²

Na redação atual, será cabível a preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima *superior a 4 (quatro) anos*, de maneira que o crime punido com pena *até quatro anos* (e quatro anos, inclusive) não mais admite prisão preventiva, salvo se identificada outra hipótese de cabimento. Agora a lei impôs restrições severas à decretação, na medida em que não basta, como antes, ser o crime punido com reclusão.³⁰³

²⁹⁹ Art. 282 § 4º do CPP: No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

³⁰⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 232.

³⁰¹ PACCELI, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 108.

³⁰² MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 143.

³⁰³ *Idem*, p. 143.

A apresentação do art. 313, CPP, como se pode observar, faz-se a partir de estruturação lógica digna de registro. Afinal, seu inciso I, traz o limite geral de manejo da prisão preventiva, condicionando sua imposição, em simetria com o que dispõe o regramento penal relativo às penas – especialmente o art. 44, inciso I³⁰⁴, e o art. 33, § 2º³⁰⁵, c, ambos do CP -, a delitos cuja pena máxima abstratamente prevista seja superior a quatro anos.³⁰⁶

A hipótese descrita no inciso I vem ao encontro da política criminal adotada pelo Código Penal, e obedece à seguinte lógica: os crimes apenados em até quatro anos implicarão regime aberto de cumprimento de pena, e normalmente a pena privativa de liberdade cominada até este patamar, por crimes praticados sem violência ou grave ameaça, permitirá a substituição por uma ou duas restritivas de direitos. Por isso, não faria sentido prender provisoriamente uma pessoa que, ao final do processo, seria colocada em liberdade.³⁰⁷

Quanto ao concurso de crimes, acreditamos que a lógica será a mesma já adotada nas súmulas editadas pelo STF³⁰⁸ e STJ³⁰⁹.

4.4.2 SE TIVER SIDO CONDENADO POR OUTRO CRIME DOLOSO, EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO, RESSALVADO O DISPOSTO NO INCISO I DO *CAPUT* DO ART. 64 DO CÓDIGO PENAL (art. 313, inciso II, do CPP)

Por força do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF³¹⁰), se-

³⁰⁴ Art. 44 do CP: As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.

³⁰⁵ Art. 33, § 2º do CP: As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

³⁰⁶ PACCELLI, Eugênio. *Op. Cit.*, Ob. Cit., p. 108.

³⁰⁷ BRITO, Alexis Couto de [et al.]. *Op. Cit.*, p. 256.

³⁰⁸ Súmula 723, STF: Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

³⁰⁹ Súmula 243, STJ: benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

³¹⁰ Art. 5º, inciso LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

gundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, só pode ser declarado reincidente quem cometer novo crime depois de transitar em julgado sentença que o tenha condenado por crime anterior (art. 63, CP)³¹¹. A reincidência requer assim o concurso simultâneo de dois requisitos: a) trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior; b) cometimento de novo crime. Pode ocorrer, portanto, de o agente praticar diversos crimes sucessivamente e, apesar disso, ser considerado não reincidente em todos os processos contra si instaurados. Por isso que, para a configuração da reincidência, não basta o cometimento de novo crime; é necessário que esse novo crime tenha sido cometido após transitar em julgado a sentença que, no Brasil ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Também não é suficiente que tenha havido uma sentença condenatória, se esta, ainda pendente de recurso, não tiver transitado em julgado. Ademais, é irrelevante se o agente cumpriu ou não a condenação anterior que gerou a reincidência (reincidência ficta).³¹²

Não haverá reincidência no caso de sentença anterior concessiva de perdão judicial, nos termos do art. 120 do CP³¹³.

A hipótese do inciso II é uma exceção à regra do inciso I (que, como acabamos de ver, afirma que somente será possível a prisão preventiva em crimes cuja pena máxima seja superior a quatro anos). Em outras palavras, no caso do reincidente em crime doloso, a pena máxima prevista para o delito pode ser igual ou inferior a quatro anos (mas desde que haja previsão de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 283, § 1º do CPP). É uma exceção baseada numa circunstância subjetiva do agente. O que se busca é tutelar a sociedade contra o agente que reiteradamente pratica infrações de média ou baixa gravidade contra a sociedade. É uma válvula de escape, impedindo que a sociedade fique desprotegida em face de agentes que insistem em praticar crimes dolosos de média ou baixa gravidade. Imagine-se a hipótese de alguém que reiteradamente pratica delitos de lesão corporal dolosa, por exemplo.³¹⁴

³¹¹ Art. 63 do CP: Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

³¹² QUEIROZ, Paulo. *Op. Cit.*, p. 463-464.

³¹³ Art. 120 do CP: A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.

³¹⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Op. Cit.*, p. 244.

Assim, é possível a decretação da prisão preventiva se o acusado tiver sido condenado anteriormente por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do CP³¹⁵. O art. 313, inciso II, do CPP está umbilicalmente ligado ao art. 44, inciso II, do CP³¹⁶, que afirma ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se o agente for reincidente em crime doloso, hipótese justamente tratada no art. 313, inciso II, sob análise.³¹⁷ De qualquer forma, já que a lei considera o prazo de cinco anos para a reaquisição do *status* de primariedade, esse critério deverá ser observado pelo magistrado como empecilho à decretação da prisão preventiva.³¹⁸

4.4.3 SE O CRIME ENVOLVER VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, CRIANÇA, ADOLESCENTE, IDOSO, ENFERMO OU PESSOA COM DEFICIÊNCIA, PARA GARANTIR A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA (art. 313, inciso III, do CPP)

A prisão preventiva como sanção ao descumprimento de outras medidas anteriormente impostas e desatendidas deliberadamente pela pessoa submetida à constrição é mecanismo de salvaguarda do sistema e, da forma como estabelecida, cria verdadeira ampliação do controle pessoal no processo penal, vez que pode vir a incidir em searas que até então estavam potencialmente afastadas da segregação cautelar da liberdade.³¹⁹ Todavia, haverá momentos em que a prisão preventiva será necessária, mesmo em face de lesões leves ou ameaças sérias, pois não se pode mais incorrer em autêntica “crônica de uma morte anunciada” para deixar a vida ou integridade física da mulher ao alvedrio de seu autopropalado algoz. Quando as demais medidas não tiverem êxito, e o agressor venha transitando uma via de crescente ameaça à incolumidade ou à

³¹⁵ Art. 64 do CP: Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

³¹⁶ Art. 44 do CP: As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: II - o réu não for reincidente em crime doloso.

³¹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Op. Cit.*, p. 244.

³¹⁸ BRITO, Alexis Couto de [et al.]. *Op. Cit.*, p. 258.

³¹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. Cit.*, p. 96.

vida da vítima, a prisão cautelar se impõe como *ultima ratio*, para evitar desdobramentos de atroz gravidade.³²⁰

O inciso III do art. 313 do CPP, admite a prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar. Nesses casos, porém, não basta a simples natureza do delito, sendo acrescida uma exigência teleológica: a prisão se destinará a garantir a execução de medidas protetivas que já tenham sido decretadas, mas tenha havido descumprimento ou haja concreto perigo de descumprimento. Ressalte-se que, tratando-se de crimes que envolvem violência doméstica com penas máximas superiores a quatro anos (por exemplo, lesão corporal grave), a prisão preventiva já seria cabível com base no inciso I do *caput* do art. 313 do CPP, não se exigindo a finalidade de garantir a execução de medida protetiva. Assim sendo, o inciso III tem por destino os crimes punidos com pena inferior a quatro anos, para os quais a prisão estaria vedada pelo inciso I, mas que resultam de violência doméstica, como o caso de lesões corporais leves.³²¹

Com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, o inciso IV do art. 313 do CPP foi revogado, porém a prisão preventiva continua sendo cabível em tal hipótese, já que o conteúdo do revogado inciso IV foi transportado para o inciso III, com o acréscimo de outras possíveis vítimas de violência doméstica e familiar: criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. À primeira vista, pode-se pensar que, nessa hipótese, a prisão preventiva seria cabível tanto em relação a crimes dolosos quanto em face de crimes culposos, já que o inciso III do art. 313 do CPP, diversamente dos incisos anteriores, não estabelece qualquer distinção, referindo-se apenas à prática de *crime*. Não obstante, se o inciso III do art. 313 do CPP pressupõe a prática de crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, é evidente que referido crime só pode ter sido praticado dolosamente. Afinal, se se trata de violência de gênero, deve ficar evidenciada a consciência e a vontade do agente de atingir uma das vítimas vulneráveis ali enumeradas, assim como sua intenção dolosa de violar as medidas protetivas de urgência, o que não resta caracterizado nas hipóteses de crimes

³²⁰ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei n. 11.340/2006: análise crítica e sistêmica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 110.

³²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 745-746.

culposos.³²²

4.4.4 QUANDO HOVER DÚVIDA SOBRE A IDENTIDADE CIVIL DA PESSOA OU QUANDO ESTA NÃO FORNECER ELEMENTOS SUFICIENTES PARA ESCLARECÊ-LA, DEVENDO O PRESO SER COLOCADO IMEDIATAMENTE EM LIBERDADE APÓS A IDENTIFICAÇÃO, SALVO SE OUTRA HIPÓTESE RECOMENDAR A MANUTENÇÃO DA MEDIDA (art. 313, parágrafo único, do CPP)

Trata-se de uma inovação e que, igualmente, exige uma leitura cautelosa. Para que seja decretada a prisão preventiva do imputado por haver dúvida em relação à identidade civil são imprescindíveis o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Mais do que isso, até por uma questão de proporcionalidade, pensamos ser necessária uma interpretação sistemática, à luz do inciso I do art. 313 do CPP (topograficamente situado antes, como orientador dos demais), para que se exija um crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Impensável decretar uma preventiva com base nesse parágrafo único em caso de crime culposos, por exemplo. Da mesma forma, como regra, incabível para crimes de menor gravidade, em que nem sequer a preventiva seria possível. Excepcionalmente, atendendo à necessidade do caso, poderia ser decretada essa prisão preventiva quando o agente fosse preso em flagrante por um delito de estelionato (com uso de identidade falsa), falsidade documental ou mesmo falsidade ideológica. São situações em que existe uma dúvida fundada sobre a identidade civil, até mesmo pelas características do delito perpetrado.³²³

Relevante notar que é muito incomum que um processo penal seja iniciado sem que se possua a identificação do réu ou que se duvide dessa identificação.³²⁴ O parágrafo único deve ser aplicado quando efetivamente houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-los. Imagine-se a situação em que pessoa suspeita da prática de um crime é moradora de rua ou reside sob uma ponte. Neste caso, se a pessoa se recusar a se identificar perante a autoridade policial,

³²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 1342-1343.

³²³ LOPES JR, Aury. *Op. Cit.*, p. 102-103.

³²⁴ BRITO, Alexis Couto de [et. al]. *Op. Cit.*, p. 259.

poderá restar prejudicada a própria aplicação da lei penal. Se não se sabe o nome ou sequer a qualificação civil, ficará praticamente inviável o processo e a aplicação da lei penal. Poderá, então, a autoridade solicitar ao magistrado a decretação da prisão preventiva apenas e tão somente com o fito de identificá-la. Porém, em geral, referida condição de admissibilidade será aplicável quando o detido já se encontra preso em flagrante e não apresenta qualquer documentação comprobatória de sua identidade ou nenhum dado qualificativo que permita identificá-la, inviabilizando, inclusive, a concessão de liberdade provisória.³²⁵

Saliente-se que antes de se decretar a prisão preventiva tipificada no parágrafo único do CPP, o juiz deve esgotar todas as vias para a identificação do investigado, inclusive, deve recorrer à previsão dos arts. 4º³²⁶ e 5º³²⁷ da Lei n. 12.037/2009.

4.4.5 A PRISÃO PREVENTIVA TAMBÉM PODERÁ SER DECRETADA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE QUALQUER DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS POR FORÇA DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES (art. 312, parágrafo único, do CPP)

Em toda ciência, o resultado de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, *contrastado* pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até à verdade geral. Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes.³²⁸ As normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas que guardam relações particulares

³²⁵ MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. Cit.*, p. 102-103.

³²⁶ Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado.

³²⁷ A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

³²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 104.

entre si. Esse contexto de normas costuma ser chamado de ordenamento.³²⁹

O art. 283, § 1º do CPP³³⁰, expressamente nos diz que somente poderão ser aplicadas medidas cautelares nos crimes com previsão de pena privativa de liberdade. É muito importante observar que não há nenhum problema na decisão que decreta cautelar no processo penal em crime punido com multa ou pena restritiva de direito, desde que em cumulação com pena privativa de liberdade. A ideia legislativa é claramente a de harmonizar o sistema processual com o direito material, evitando disfunções, por exemplo, de aprisionamento cautelar a pessoa cuja eventual condenação final não permitiria a imposição de prisão pena, hipótese em que o processo seria um meio excessivamente mais gravoso que o resultado punitivo final.³³¹

A natureza da pena privativa de liberdade está contida em seu próprio *nomem juris*: retira do condenado, de uma forma mais rígida ou menos branda, o direito à liberdade. É a que restringe, com maior ou menor intensidade, a liberdade do condenado, consistente em permanecer em algum estabelecimento prisional, por um determinado tempo, tudo na conformidade do regime imposto. As penas privativas de liberdade são duas: reclusão e detenção, previstas e impostas na conformidade da gravidade do crime. A pena de reclusão, mais grave, é cumprida em três regimes: fechado, semiaberto e aberto; a de detenção comporta apenas dois regimes: semiaberto e aberto. Por regime entende-se a maneira pela qual é cumprida a pena privativa de liberdade, tendo em vista a intensidade ou grau em que a liberdade de locomoção é atingida.³³²

Antes da reforma introduzida pela Lei n. 12.403/2011, a prisão preventiva poderia ser decretada nos crimes dolosos punidos com reclusão e nos crimes punidos com detenção quando se apurasse que o indiciado era vadio ou existisse dúvida sobre a sua identidade.

³²⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, Trad. Ari Marcelo Solon, São Paulo: Edipro, 2011, p. 35-36.

³³⁰ Art. 283 do CPP: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

³³¹ TASSE, Adel El. *Op. Cit.*, p. 47-48.

³³² NORONHA, E. Magalhães. *Op. Cit.*, p. 229.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Paulo Rangel³³³, já sustentavam mesmo antes da novel legislação que a vedação de prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com detenção vinha ao encontro da característica da homogeneidade, não sendo admissível que se decretasse a prisão somente por ser o réu vadio ou por haver dúvida quanto à sua identidade. Seria um contrassenso querer-se aplicar, hodiernamente, um dispositivo legal “*criado*” para recolher escravos libertos e desempregados na época que andavam à solta e perambulando pelo país, face ao desemprego que assolava o Estado. Trata-se de dispositivo legal sem aplicação efetiva diante da análise do sistema constitucional. Nesse caso, não cabe prisão preventiva em crime doloso apenado com detenção pelo simples fato de que este crime, por si só, não autorizaria a prisão em decorrência de uma pena imposta, não sendo razoável que haja um sacrifício maior durante o curso do processo e não possa haver no final dele em decorrência da pena imposta.

O CPP sempre reservou, acertadamente, a prisão preventiva para os crimes punidos com reclusão, mas, em verdadeira quebra do sistema, veio a Lei n. 11.340/2006, que, para coibir a violência doméstica em relação à mulher, além de retirar dos Juizados o processamento de seus companheiros, no caso de lesões corporais leves, quando este foi um dos principais motivos do advento do art. 88 da Lei n. 9.099/1995³³⁴ – ou seja, tornar tais crimes de ação pública condicionada – passou a prever a prisão preventiva, nos delitos de lesões corporais contra mulheres, apesar de a pena ser de detenção.³³⁵

A decretação da prisão preventiva nos crimes punidos com detenção viola o princípio da proporcionalidade, pois em nenhuma hipótese haverá o cumprimento da pena em regime fechado. Ademais, seria verdadeiro retrocesso voltar ao modelo legal anterior que quando em vigor já sofria severas críticas de vozes autorizadas da doutrina brasileira. Releva notar, que a decretação da prisão por descumprimento das medidas alternativas só será possível nos casos apenados com reclusão.

Importante salientar que a exposição de motivos do Projeto de Lei n. 4.208/2001 que depois veio a ser convertido na Lei n. 12.403/2011 previu a existência de uma nova

³³³ RANGEL, Paulo. *Op. Cit.*, p. 434-435.

³³⁴ Art. 88 da Lei n. 9.099/1995: Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

³³⁵ POLASTRI, Marcellus. *Op. Cit.*, p. 227.

hipótese de prisão preventiva, qual seja, a decorrente de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Importante trazer a lume, a disciplina do Direito Penal com relação as penas restritivas de direitos, as quais dependem em grande parte da autodisciplina e do senso de responsabilidade do sentenciado, era indispensável dotá-las de coercibilidade. E, para isso, nada melhor do que a previsão da possibilidade de convertê-las em pena privativa de liberdade, representando a espada de Dâmoques pairando sobre a cabeça do apenado. A finalidade da conversão, em outras palavras, é garantir o êxito das penas alternativas, preventivamente, com a ameaça da pena privativa de liberdade, e, repressivamente, com a efetiva conversão no caso concreto.³³⁶

Inferre-se que a nova espécie de prisão preventiva traduzida no art. 282, § 4º c/c o art. 312, parágrafo único, ambos do CPP, não se vincula às situações descritas no art. 313 do CPP. Embora o legislador não sido expresso, é plenamente possível a decretação da prisão preventiva no caso de descumprimento de outra(s) medida(s) cautelar(es), em razão da interpretação sistemática da nova legislação.

Inicialmente, deve-se constatar que a prisão preventiva *substitutiva* (aplicável em caso de descumprimento das medidas alternativas) possui fonte normativa própria e autônoma, diversa do art. 313 do CPP. O fundamento para a decretação da prisão preventiva *substitutiva* deflui do próprio art. 282, § 4º em combinação com o art. 312, parágrafo único, ambos do CPP. Há uma interligação próxima entre estes dois dispositivos, que dispensa a utilização do art. 313 do CPP. Veja que há uma conjugação e uma dependência lógica entre os dois dispositivos que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Nesta linha, imprescindível destacar que o art. 282, § 4º do CPP, não faz qualquer menção ao art. 313 do CPP, onde estão indicadas as condições de admissibilidade acima analisadas. Faz remissão apenas ao art. 312, parágrafo único do CPP. Mesmo consciente das restrições em geral existentes à admissibilidade da prisão preventiva (art. 313, CPP), o legislador não as impôs no caso da prisão preventiva subsidiária, indicando ser desnecessária sua observância. O legislador, da combinação dos dois artigos, cria um microssistema da prisão preventiva substitutiva, que é independente das condições de admissibilidade do art. 313 do CPP. Em outras palavras, para a decretação da prisão preventiva substitutiva basta que haja: a) decretação inicial de

³³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 192.

medida cautelar alternativa à prisão (art. 319, CPP); b) descumprimento posterior de qualquer das obrigações impostas; e, c) ineficácia ou inadequação da imposição de outra medida alternativa em substituição ou em cumulação (caráter subsidiário da prisão preventiva).³³⁷

É fácil compreender o motivo pelo qual o legislador estabeleceu, dentre os princípios estruturantes das medidas cautelares (art. 282, § 4º do CPP), uma fonte autônoma para a prisão preventiva, na hipótese de descumprimento das medidas alternativas. Buscou-se uma válvula de escape para manter e estabelecer um mínimo de eficácia a todo o sistema de medidas cautelares criado pela nova legislação. Sem a possibilidade de existir a prisão preventiva como ameaça constante ao réu em caso de descumprimento das medidas alternativas, seria negar a própria eficácia às medidas alternativas à prisão, concedendo ao réu uma “faculdade” de cumprir ou não as referidas medidas toda vez que a pena fosse igual ou inferior a quatro anos. Seria aceitar que o réu poderia solenemente desconsiderar a decisão do juiz e a medida alternativa imposta, sem que existisse qualquer instrumento hábil para forçá-lo a não violar os bens jurídicos do art. 282, inciso I do CPP (necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais).³³⁸

O exemplo anunciado por Aury Lopes Jr.³³⁹, ilustra bem a nova hipótese de prisão preventiva. Diz ele: “se o imputado foi preso em flagrante por delito cuja pena máxima é inferior a 4 anos, tendo-lhe sido imposta uma medida cautelar diversa. Sucede que, após algum tempo, o imputado descumpra as condições impostas. Poderá ser decretada a prisão preventiva (art. 282, § 4º, c/c o art. 312, parágrafo único, CPP)?

A rigor sim, pois há expressa previsão legal para essa situação. Sem embargo, pensamos que a interpretação deve ser sistemática e restritiva. Logo, descumprida a medida cautelar diversa imposta, deverá o juiz, em primeiro lugar, buscar a ampliação do controle pela via da cumulação com outra medida cautelar diversa. Somente quando insuficiente a cumulação, poder-se-á cogitar da prisão preventiva e, mesmo assim, quando houver proporcionalidade em relação ao delito imputado. Por isso, entendemos, por

³³⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Op. Cit.*, p. 293-294.

³³⁸ *Idem*, p. 294-295.

³³⁹ LOPES JR, Aury. *Op. Cit.*, p. 99.

exemplo, que jamais caberá prisão preventiva por crime culposos, nem mesmo nesse caso, pois é evidentemente desproporcional.³⁴⁰

4.5 CONTRADITÓRIO NA DECRETAÇÃO

A opinião tradicional adotada em relação ao procedimento cautelar e contraditório se baseava em que o exercício normal do poder coercitivo por parte do juiz penal deve estar caracterizado pela imprevisibilidade, para não esvaziar a decretação da medida restritiva. Considerava-se que a participação da defesa na fase anterior à aplicação da medida cautelar permitiria ao imputado subtrair-se a sua execução. Anteriormente ao novo sistema de medidas cautelares (Lei n. 12.403/2011), adotava-se, como regra geral, um sistema de contraditório diferido (*inaudita altera parte*), isto é, exercitado pela defesa *posteriormente* à imposição da medida cautelar com o fim de evitar que o imputado, avisado previamente, pudesse fugir e assim esvaziar as exigências processuais a salvaguardar.³⁴¹

Segundo dispõe o art. 282, §3º do CPP³⁴², alterado pela Lei n. 12.403/2011, o juiz ao receber o pedido de medida cautelar deve fazer cumprir o mandamento constitucional do contraditório, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

Na busca da indispensável atualização da lei processual aos princípios e garantias constitucionais, a Lei n. 12.403/2011 trouxe, disposição altamente consentânea com o modelo constitucional, ao fazer previsão expressa sobre a aplicação do contraditório no processo cautelar. Por isso, mesmo diante da situação de urgência, que caracteriza o processo cautelar, não pode ser ignorada essa garantia fundamental, mesmo porque a Constituição também assegura a *ampla defesa* aos acusados em geral. Assim, até para que a atividade jurisdicional seja exercida com imparcialidade, é fundamental que se levem em conta no momento decisório, todos os elementos favoráveis ao investigado ou acusado, porventura já existentes nos autos.³⁴³

³⁴⁰ LOPES JR, Aury. *Op. Cit.*, p. 99.

³⁴¹ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.*, p. 603-604.

³⁴² Art. 282, §3º do CPP: Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

³⁴³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães [et al.]. *Op. Cit.*, p. 45-46.

A disposição em exame, oportunamente introduzida pela Lei n. 12.403/2011, visa a deixar claro que, *em regra*, o processo cautelar não dispensa a defesa, que somente será limitada nos casos em que houver absoluta necessidade de adoção urgente da providência acautelatória. Fora daí, deve ser intimada a parte atingida pela restrição – o investigado ou acusado -, para que possa oferecer alegações e trazer eventualmente provas, sempre com a intervenção da defesa técnica.³⁴⁴

Embora não esteja expresso no texto da lei, a intimação neste caso tem por escopo proporcionar a manifestação da *parte contrária* sobre o pedido cautelar, estabelecendo, desta maneira, contraditório prévio à decisão que, todavia, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida poderá anteceder à manifestação da *parte contrária*, quando então deverá ocorrer o contraditório diferido, assim compreendido aquele que incidirá *após* a decisão judicial.³⁴⁵

Permitir o contraditório, ademais, não é o mesmo que *pressupor*, daí não ser correto afirmar que a decretação de cautelar deverá ser *sempre* precedida de contraditório, que será apenas possível, mas não imprescindível, portanto.³⁴⁶ No entanto, é muito importante, caso não seja ouvida a defesa por estar presente a urgência ou o risco de ineficácia da medida, que haja detalhada fundamentação do magistrado quanto à presença de tais hipóteses, não sendo suficiente a mera referência ao texto da lei para que se tenha como cumprida a exigência motivacional. Em outras palavras: não basta ao juiz dizer que deixa de ouvir a parte contrária porque presente urgência ou situação em que há risco na ineficácia da medida, mas é obrigatório que decline expressamente as razões pelas quais a urgência ou o risco de ineficácia se fazem presentes.³⁴⁷

4.6 A REPERCUSSÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO SOBRE O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Durante anos e anos, nosso sistema processual penal ofereceu ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: a prisão cautelar ou liber-

³⁴⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães [et al.]. *Op. Cit.*, p. 46.

³⁴⁵ MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 166.

³⁴⁶ Idem. *Ob. Cit.*, p. 366.

³⁴⁷ TASSE, Adel El. *Op. Cit.*, p. 35-36.

dade provisória, lembrando eu, antes do advento da Lei n. 12.403/2011, essa medida de contracautela só podia ser concedida àquele que fora anteriormente preso em flagrante. Tem-se aí o que a doutrina denominava de *bipolaridade cautelar do sistema brasileiro*. Significava dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória sem fiança, seja mediante o compromisso de comparecer perante a autoridade, todas as vezes que fosse intimado para atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, proibição de mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e impossibilidade de se ausentar por mais de 8 (oito) dias da residência sem comunicar à autoridade o lugar onde poderia ser encontrado, no caso da liberdade com fiança. Essa reduzida gama de opções de medidas cautelares de natureza pessoal era causa de evidente prejuízo, quer à liberdade de locomoção do agente, quer à própria eficácia do processo penal. Afinal, se é verdade que é muito comum o surgimento de situações que demandam a decretação de medidas cautelares, também é verdade que nem sempre a prisão cautelar era o instrumento mais idôneo e adequado para salvaguardar a eficácia do processo ou das investigações. Como o juiz não era dotado de outras opções, ou decretava a privação de liberdade do acusado ou deixava de decretar a medida extrema, o que, às vezes, colocava em risco a própria eficácia do processo.³⁴⁸

Com a entrada em vigor das medidas cautelares previstas na Lei n. 12.403/2011 o instituto da prisão preventiva sofreu uma intensa relativização, pois a sua utilização na condição de protagonismo perdeu espaço, passando a ser utilizada somente em casos extremos. As medidas cautelares adotadas no CPP possuem um nítido caráter descarcerizador, por isso, o encarceramento que se dá por meio da prisão preventiva passou a conflitar com a finalidade das medidas diversas da prisão. Nesse passo, sempre que o magistrado tiver que lançar mão da prisão preventiva, antes deverá voltar os olhos para as medidas cautelares, que deverão ser aplicadas sempre que forem compatíveis com o caso concreto.

Somente se decreta a prisão preventiva quando todas as outras medidas menos gravosas se mostrem inadequadas para afastarem a situação de perigo que justifica a necessidade de se impor alguma medida cautelar. Ou, o que seria o reverso da medalha,

³⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 1132-1133.

as medidas cautelares alternativas à prisão são preferíveis em relação à prisão preventiva. O caráter excepcional ou subsidiário da prisão cautelar se justifica na medida em que sempre deve privilegiar o meio menos gravoso e que causa menor restrição possível ao direito de liberdade. Sendo necessária a imposição de alguma medida cautelar, inicialmente deve-se buscar tutelar o processo, seja quanto à instrução criminal, seja quanto ao seu resultado final, por meio de medidas alternativas à prisão. Somente quando nenhuma das medidas alternativas se mostrar adequada às finalidades assecuratórias que o caso exige, seja pela sua aplicação isolada, seja por sua imposição cumulativa, é que se deve verificar o cabimento da medida mais gravosa, no caso, a prisão preventiva.³⁴⁹

Mesmo no caso de descumprimento de qualquer das medidas impostas, o juiz poderá substituí-la por outra, acrescentar outra medida que não a prisão em cumulação, e, somente no último caso, decretar a prisão preventiva, ainda assim, sem poder desprezar os requisitos do art. 312, CPP³⁵⁰ (art. 282, § 5º, CPP³⁵¹). Parece bastante óbvio que o simples descumprimento não será idôneo a “converter” a medida cautelar de outra natureza em prisão preventiva, sob pena de se violar o sistema constitucional, que não admite prisão por decorrência de texto legal. Aparentemente, alguns operadores do direito esquecem que, para que falemos de *ultima ratio*, pressupõe-se necessariamente que tenha existido outra *ratio*. Em suma: antes de decretar a mais gravosa das cautelares – prisão preventiva – o magistrado deverá fundamentar por que as demais medidas são ineficazes e no eventual descumprimento da medida imposta, sempre tentar substituí-la ou cumulá-la com outras antes de decidir pela prisão.³⁵²

³⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 723-724.

³⁵⁰ Art. 312 do CPP: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

³⁵¹ Art. 282 do CPP: As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

³⁵² BRITO, Alexis Couto de [et al.]. *Op. Cit.*, p. 230.

4.7 PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA OU MANTIDA EM FACE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA

É de extrema importância a análise do tema exposto, sobretudo se considerarmos que, até bem pouco tempo, tínhamos como entendimento jurisprudencial predominante o de que a prisão decorrente de pronúncia era espécie autônoma de prisão cautelar.

A sentença de pronúncia não é decisão de mérito, seus efeitos são restritos ao campo processual.³⁵³ Trata-se de sentença em *sentido formal* e não substancial. A pronúncia é sentença processual de conteúdo declaratório, em que o juiz proclama admissível a acusação, para que esta seja decidida no Plenário do Júri.³⁵⁴

Como é sabido, o procedimento para julgamento dos crimes dolosos contra a vida e daqueles crimes conexos com estes é escalonado, ou seja, tem duas fases. A primeira é a da “formação da culpa”, ou *judicium accusationis*, na qual se apura a admissibilidade da acusação, e se fixa a área ou limite com que vai ser apresentada em Plenário. Encerra-se com o trânsito em julgado da sentença de pronúncia, ou com o arquivamento, no caso de impronúncia, ou pela absolvição sumária, igualmente ao transitar em julgado a decisão. Na segunda fase, que não pode ter início antes de tornar-se imutável a sentença de pronúncia, correspondendo ao *judicium causae* – julgamento de mérito – já fixada a competência do Júri, decidirá este, se procede a pretensão acusatória.³⁵⁵

Anteriormente à Lei n. 11.689/2008, que revogou o art.408, § 2º, CPP³⁵⁶, se o delito no qual o pronunciado foi enquadrado tivesse a natureza de *inafiável*, sendo o mesmo reincidente e portador de maus antecedentes, o magistrado deveria decretar a prisão como efeito automático da decisão interlocutória de pronúncia.

Inclusive, tanto o Supremo Tribunal Federal³⁵⁷ quando o Superior Tribunal de Jus-

³⁵³ CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. *Op. Cit.*, p. 247.

³⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.*, p. 723.

³⁵⁵ MARREY, Adriano [et al.]. *Teoria e prática do júri: doutrina, roteiros práticos, questionários e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 108-109.

³⁵⁶ ~~Art. 408 do CPP: Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo á, dando os motivos do seu convencimento. § 1º: Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.~~

³⁵⁷ Recurso ordinário em *habeas corpus* n. 60.904-9 MG – STF - 2ª Turma – Rel. Min. Francisco Rezek – j. em 24.5.83 – improvido – v.u. – DJU de 10.6.83 e RTJ n. 106, p. 151.

tiça³⁵⁸, já haviam se manifestado no sentido da legalidade dessa forma de prisão, isoladamente considerada, isto é, sem que fosse preciso recorrer aos requisitos e pressupostos da prisão preventiva.

Mesmo antes da revogação do dispositivo que autorizava a decretação da prisão como efeito da pronúncia, existia doutrina contrária à automatização da restrição da liberdade. Delmanto Júnior³⁵⁹, era uma dessas vozes que advogavam a necessidade de motivação da decisão que determinava a prisão. Dizia ele, com todo respeito às judiciosas posições em contrário, a prisão decorrente de decisão de pronúncia, ao encontrar fundamento em uma *presunção legal, de cunho genérico e abstrato*, representa, sem sombra de dúvidas, prisão sem demonstração *concreta* de sua necessidade cautelar, ou seja, de cunho automático e, portanto, *violadora* da garantia da presunção de inocência.

Paulo Rangel³⁶⁰, já afirmava que não se poderia estudar a prisão em decorrência da pronúncia de forma isolada, sem analisar os requisitos da prisão preventiva. Deveríamos fazer uma interpretação sistemática das duas modalidades de prisão, sempre olhando a prisão em decorrência da pronúncia à luz da prisão preventiva.

Em relação à prisão por pronúncia, a Lei n. 11.689/2008, na nova redação dada ao art. 413, § 3º, do CPP³⁶¹, passou a prever que, ao pronunciar o acusado, o juiz deve decidir, motivadamente, sobre a manutenção ou revogação da prisão do réu que já se encontrava sob custódia ou, no caso de acusado solto, sobre a necessidade de decretação da prisão preventiva. Com isso, o legislador não só atenuou o rigor do sistema anterior, mas explicitamente submeteu essa modalidade de encarceramento aos requisitos legais da prisão preventiva.³⁶²

Portanto, a cautelar prevista no art. 413, § 3º, do CPP é forma de aferição da neces-

³⁵⁸ Recurso ordinário em *habeas corpus* n. 92 - SP – STJ - 6ª Turma – Rel. Min. *Dias Trindade* – j. em 26.3.90 – improvido – v.u. – DJU, Seção 1, de 9.4.90, p. 2.749.

³⁵⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Op. Cit.*, p. 198.

³⁶⁰ RANGEL, Paulo. *Op. Cit.*, p. 451.

³⁶¹ Art. 413 do CPP: O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. § 3º: O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

³⁶² GOMES FILHO, Antonio Magalhães [et al.]. *Op. Cit.*, p. 37.

sidade de manutenção (podendo se dar também a revogação caso não haja perigo para o processo) da prisão preventiva no momento da prolação da decisão de pronúncia pelo Juiz *a quo*, devendo o magistrado examinar os requisitos para tanto. Assim, não basta que haja a pronúncia simplesmente (ou por si só), mas deve ser verificado se estão presentes os motivos autorizadores da prisão provisória, ou seja, *o periculum libertatis*, pois só assim a prisão será cautelar, afastando-se a inconstitucionalidade.³⁶³

4.8 PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA OU MANTIDA EM FACE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

Entende-se por sentença condenatória aquela em que se acolhe no todo, ou em parte, a pretensão punitiva ou preventiva deduzida em Juízo pela parte acusadora. Através dela, a *res judicanda* se transforma em *res judicata*, servindo esta de título executório penal, e representa o último ato do processo de conhecimento condenatório, tornando-se desde então, o elemento básico para o início da fase executória. Nesta decisão é que se reconhece que o réu realizou a figura típica prevista no preceito primário da norma penal incriminadora, e se lhe aplica o preceito sancionador dessa mesma norma.³⁶⁴

Com o advento da Lei n. 11.719/08, o art.594 do CPP³⁶⁵ que tratava da prisão automática decorrente de sentença condenatória recorrível foi revogado expressamente, de sorte que a matéria passou a ser disciplinada pelo parágrafo único do art.387, CPP. Posteriormente, a Lei n. 12.736/2012 reenumerou o parágrafo único do art. 387 do CPP para § 1º.³⁶⁶

Doravante, deve o magistrado expressamente revelar a justificativa da prisão, para que esta não se transmude em ilegal, desafiando relaxamento. Cabendo liberdade provisória, deverá concedê-la, com ou sem fiança. Se o réu está preso, terá a obrigação justificar a pertinência da manutenção do cárcere, ratificando na decisão os motivos da medida. Se o réu responde ao processo em liberdade, a justificação da prisão também é

³⁶³ POLASTRI, Marcellus. *Op. Cit.*, p. 240.

³⁶⁴ CAMPOS BARROS, Romeu Pires. *Op. Cit.*, p. 271-272.

³⁶⁵ ~~Art. 594 do CPP: O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.~~

³⁶⁶ Art.387, § 1º do CPP: O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

de rigor, e o móvel passa a ser basicamente a presença ou não dos fundamentos da preventiva, já que os maus antecedentes e a reincidência como base para prisão foram revogados.³⁶⁷

É inegável que, ao ser proferida uma sentença penal condenatória, está presente o *fumus commissi delicti* (prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria), mas isto não basta para a decretação da prisão. O mesmo raciocínio deve ser aplicado nos casos em que o acusado esteve preso cautelarmente por algum período, mas posteriormente foi colocado em liberdade, assim permanecendo até ser proferida a sentença penal condenatória. O parágrafo único – atual § 1º – do art. 387, acrescido pela reforma de 2008, compatibilizou o CPP com a garantia constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII³⁶⁸). De qualquer forma, para que não restasse mais dúvida, a Lei n. 12.403/2011 revogou, expressamente, o art.393 do CPP.³⁶⁹ Também era inconstitucional, e igualmente foi revogada pela Lei n. 12.403/2011, a previsão do inciso II do art. 393 do CPP, de que fosse “o nome do réu lançado no rol dos culpados”. O dispositivo, aliás, já não havia sido recepcionado pela Constituição de 1988. A garantia da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, impede que o condenado provisório seja equiparado ao condenado definitivo, pelo que somente com o trânsito em julgado em julgado da sentença penal condenatória é que o nome do acusado (condenado) poderá ser lançado no rol dos culpados.³⁷⁰

Há muito já não se aplicava o disposto no art.393 do CPP, pois afrontava vários preceitos constitucionais, dentre os quais o da presunção de inocência. A ideia de que a sentença condenatória de primeiro grau, logo, sujeita a recurso, poderia trazer por consequência imediata a prisão do réu, era completamente dissociada do processo penal garantista e democrático. Por isso, já não prevalecia na prática. Ademais, até mesmo o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados somente passou a ser feito após o

³⁶⁷ TÁVORA, NESTOR. *Op. Cit.*, p. 482.

³⁶⁸ Art.5º, inciso LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

³⁶⁹ ~~Art. 393 do CPP: São efeitos da sentença condenatória recorrível: I ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.~~

³⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 378.

trânsito em julgado de sentença condenatória.³⁷¹

Em suma, hoje, proferida a decisão condenatória, deve-se verificar o direito do réu permanecer em liberdade (ou ser colocado em liberdade, se estiver preso), conforme os requisitos do art. 312 do CPP. Portanto, o que regula a prisão ou liberdade, em qualquer fase processual, é o foco conferido pela preventiva. Nenhum outro valor suplanta o preceituado pelo disposto no referido art. 312.³⁷²

4.9 PRISÃO DOMICILIAR

Inovação sem precedente consiste na internalização da prisão domiciliar em nosso ordenamento processual durante a fase de conhecimento da ação penal. A prisão domiciliar inserida na fase do processo de conhecimento fundou-se no mesmo rol de hipóteses da fase de execução, mas oferece maiores dificuldades para sua obtenção, e conferiu ao juiz critérios de apuração objetiva, pois previu a existência de prova idônea do cumprimento dos requisitos para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.³⁷³

A medida cautelar de prisão domiciliar substitutiva consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. Não configura uma nova medida cautelar alternativa à prisão, *nem visa impedir a decretação da prisão preventiva*, mas sim constitui uma medida cautelar “substitutiva” da prisão preventiva, ou seja, uma espécie de *prisão preventiva* “mitigada” com nova *forma de cumprimento em regime domiciliar*, aplicável em situações excepcionais por motivos humanitários, em razão das circunstâncias pessoais do imputado, em que a prisão preventiva configuraria um tratamento cruel e desumano.³⁷⁴

Nereu Giacomolli³⁷⁵, sustenta que o fato de ser o recolhimento ao cárcere, antes de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, a ultima ratio das medidas

³⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 109.

³⁷² Idem, p. 109.

³⁷³ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão cautelar no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132-133.

³⁷⁴ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.*, p. 172.

³⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 95.

cautelares a ser imposta, a perspectiva é de ser o rol do art. 318 do CPP³⁷⁶, meramente exemplificativo. É a interpretação razoável que também pode ser dada ao art. 117 da LEP³⁷⁷. Com a integração da hipótese em que não há estabelecimento que cumpra as regras convencionais, constitucionais e da legislação ordinária (lotação além do que comporta o estabelecimento penitenciário, inexistência de estabelecimento compatível com o regime da condenação ou do fixado na progressão, por exemplo). Nessa perspectiva, há de ser integrada ao art. 318 do CPP a inexistência de estabelecimento ou compartimento distinto para separar os presos, nos termos do art. 300 do CPP³⁷⁸.

A lei exige a comprovação das situações autorizadas da prisão domiciliar. Prova-se a idade por meio de qualquer documento público. Demonstra-se a doença grave e a debilitação do sujeito, bem como a gestação de alto risco, mediante laudo médico ou documentos médicos idôneos. A necessidade de cuidados especiais do menor ou do deficiente poderá ser auferida através de laudos de técnicos especializados (assistentes sociais, psicólogos etc.). Por ser medida substitutiva da prisão preventiva, isto é, o juiz decreta a prisão preventiva e defere o cumprimento da prisão na residência do preso, a situação comporta detração, com aplicação do art. 42 do CP.³⁷⁹

A prisão domiciliar pode ser aplicada por analogia em substituição à prisão temporária. Estruturalmente tanto a prisão preventiva quanto a prisão temporária consistem na privação antecipada da liberdade em regime fechado e visam a efetividade da investigação. Do contrário, teríamos o paradoxo de manter o preso temporário que preencha os requisitos do art. 318 do CPP em regime fechado. Por outro lado, se denun-

³⁷⁶ Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

³⁷⁷ Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

³⁷⁸ As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal. Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.

³⁷⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. Cit.*, p. 95.

ciado e decretada a prisão preventiva passaria a ter direito à prisão domiciliar.³⁸⁰

A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação ou do processo penal. Disso decorre o acerto da previsão contida no art. 317 do CPP³⁸¹, quando dispõe que a prisão domiciliar de que ora se cuida poderá ser concedida ao indiciado e também ao acusado. A substituição da preventiva por domiciliar poderá ocorrer, portanto, no curso da investigação policial ou do processo penal. Note-se que a lei não restringiu a permanência domiciliar a um determinado número de horas, de maneira que o beneficiado deverá permanecer todo o tempo - período integral -, no interior de sua residência e dependências, e dela somente poderá se ausentar se contar com autorização judicial prévia e específica. Não se deve perder de vista que a ideia central do instituto é a de que a pessoa se encontra presa, embora em sua residência, por isso a justificada restrição à sua liberdade de locomoção.³⁸² É bem verdade que a referida autorização judicial poderá ser concedida para situações gerais, tais como ausentar-se em períodos e horários determinados, desde que justificadas a necessidade. Assim, para ir ao médico, para comparecer às audiências judiciais, para assistir cultos religiosos ou, ainda, para consultar ao advogado. Mas não pode a autorização ser tão ampla a ponto de descaracterizar a restrição à liberdade, pois se deve lembrar que a prisão domiciliar substitui uma prisão preventiva anteriormente decretada. Vale destacar, ademais, que não se deve admitir que o preso domiciliar possa trabalhar, pois as situações que autorizam a sua concessão são incompatíveis logicamente com a possibilidade laboral.³⁸³

É possível, e não raras vezes irá ocorrer, que o preso domiciliar descumpra, justificadamente ou não, condição legal de permanência, do que poderá decorrer a suspensão cautelar do benefício. No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, restabelecer a prisão preventiva, não sendo demais lembrar que a atuação judicial na fase de investigação dependerá sempre da provocação dos legitimados. Igual

³⁸⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 101-102.

³⁸¹ A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

³⁸² MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 200-201.

³⁸³ MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. Cit.*, p. 407.

procedimento será adotado no caso de o agente vir a praticar nova infração penal - o que é possível que faça mesmo no interior de sua residência.³⁸⁴

Como forma de fazer cumprir a finalidade da prisão domiciliar entendemos que nada obsta a cumulação do recolhimento domiciliar com vigilância eletrônica feita por pulseir. Em Portugal, a prisão domiciliar é chamada de obrigação de permanência na habitação onde se utilizam meios tecnológicos para controlo do arguido à distância.³⁸⁵

³⁸⁴ MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 203.

³⁸⁵ ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Op. Cit.*, p. 45.

5. MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO

Segundo Moreno Catena³⁸⁶, as medidas cautelares pessoais são sem dúvida as mais transcendentais, visto que os bens jurídicos afetados sofrem limitação ou proibição em relação ao exercício de liberdades individuais, notadamente a liberdade de movimento. Assim pois, as medidas cautelares representam uma categoria diferente, na medida em que afetam as liberdades fundamentais e só podem ser determinadas quando estritamente necessárias para o desenvolvimento do processo penal. Privam a pessoa do imputado de alguns de seus direitos ou limitam o exercício do seu conteúdo.³⁸⁷

A finalidade da medida cautelar pessoal é garantir que a decisão final decretada no processo possa ser cumprida apesar do atraso que existe como consequência da realização de todos os atos processuais previstos em lei para se chegar à referida decisão. Por conseguinte, a medida cautelar tem como única função preservar a eficácia do processo.³⁸⁸ Consistem as medidas cautelares pessoais sempre numa restrição à liberdade do indivíduo, em maior ou menor intensidade.³⁸⁹

A Lei n. 12.403/2011, ao prever medidas alternativas ou substitutivas à prisão preventiva, buscou, portanto, superar essa incoerência entre os sistemas penal e processual penal, colocando à disposição do juiz uma série de outros instrumentos capazes de assegurar a realização do processo e os seus resultados, sem com isso sujeitar o indivíduo ao encarceramento, com os malefícios que sabidamente causam ao acusado ainda não definitivamente condenado.³⁹⁰

A aplicação das medidas cautelares diversas do recolhimento ao cárcere, embora de forma mais amena, também limita direitos do imputado. Representam uma resposta intermediária entre a ausência de cautela do recolhimento à prisão, mas sempre com finalidade instrumental e não material. As medidas cautelares, mesmo diversas da prisão, produzem um constrangimento no imputado, uma limitação em seus direitos, embora, de

³⁸⁶ CATENA, Victor Moreno. *Op. Cit.*, p. 273.

³⁸⁷ CUÉLLAR CRUZ, Rigoberto [et al.]. *Derecho procesal penal de Honduras: manual teórico-prático*. Tegucigalpa: Editorial Espanhola, 2004, p. 123.

³⁸⁸ MANRUBIA, Jose Portal. *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores*. Madrid: Grupo Difusión, 2008, p. 123.

³⁸⁹ FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal...*, p. 158.

³⁹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. Cit.*, p. 184.

menor intensidade do produzido pelo recolhimento ao cárcere. Este, embora não resulte de uma sentença penal condenatória, produz os mesmos danos e sofrimentos do recolhimento à prisão após uma sentença penal condenatória. Nesta, inclusive, o condenado poderá ser posto imediatamente no regime da condenação, o que não ocorre na prisão preventiva, situação assemelhada ao cumprimento da pena em regime integral fechado.³⁹¹ A limitação da liberdade pessoal do investigado ou acusado pode ser realizada por vários meios, inclusive, pode efetuar-se com ou sem o encarceramento.³⁹²

Um dos objetivos das medidas cautelares diversas da prisão preventiva é diminuir a ampla utilização, no Brasil, do recolhimento cautelar ao cárcere. Segundo, oferecer ao magistrado, alternativas cautelares, rompendo-se com a dicotomia reducionista prisão/liberdade total. A aplicação de uma cautelar não concede ao sujeito passivo a liberdade plena, diante da permanência de certas limitações, inclusive no ir e vir (não frequentar, comparecer, por exemplo). Terceiro, outorgar a cautelar de prisão preventiva o seu lugar constitucional e convencional, ou seja, *ultima ratio*, de medida excepcional e proporcional à situação concretizada nos autos. Em quarto lugar, manter o controle sobre o sujeito e suas atividades, sobre os atos processuais e no desenvolvimento do processo, situação menos onerosa que o recolhimento ao cárcere, satisfazendo certa exigência cautelar.³⁹³

5.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO

O comparecimento periódico em juízo já era adotado no sistema penal e processual nos casos de suspensão condicional da pena ou do processo. O art. 319, inciso I do CPP³⁹⁴, prevê a medida alternativa à prisão consistente no comparecimento periódico em juízo com a finalidade de informar e justificar as suas atividades.

O dever de comparecimento periódico em juízo é uma medida também contemplada no sistema português, com a diferença de que em Portugal a apresentação pode ser feita perante a polícia judiciária. Em Portugal, a medida é chamada de *obrigação*

³⁹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. Cit.*, p. 101.

³⁹² FLORIAN, Eugenio. *Op. Cit.*, p. 262.

³⁹³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. Cit.*, p. 102.

³⁹⁴ São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.

de apresentação periódica e consiste na obrigação do arguido em comparecer periodicamente a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos, levando em conta as atividades profissionais do arguido e o local em que habita. A referida medida em terras portuguesas só poderá ser aplicada, se o crime imputado ao arguido for punível com pena de prisão com máximo superior a seis meses e em observância estrita aos princípios da adequação e da proporcionalidade.³⁹⁵

Teria melhor andado o legislador se tivesse permitido ao juiz fixar dias e horas, conforme a jornada de trabalho do imputado, para não prejudicá-la, admitindo a apresentação na polícia mais próxima de seu domicílio. O modelo brasileiro optou pelo total controle judiciário da medida, desconsiderando a facilidade de aproveitar a estrutura policial (afinal, a polícia está em todos os lugares) e também a maior eficácia do controle.

³⁹⁶

Como não há definição específica da finalidade da medida, em tese, o comparecimento periódico a juízo poderá cumprir finalidades de cautelar instrumental e de cautelar final.³⁹⁷ É uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado³⁹⁸, servindo como instrumento para tutela da eficácia da aplicação da lei penal.³⁹⁹

A princípio, é possível impor que alguém compareça periodicamente a juízo com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal (cautela final). Tal se daria se o escopo da medida fosse manter atualizado o endereço do acusado, ou de não permitir que, por longo período, fique o juízo sem notícia sua e, o que seria pior, sem saber onde localizá-lo. Também seria possível que a medida tivesse a finalidade, ainda que mediata, de uma cautela instrumental, assegurando a realização de meios de prova: seria mais fácil encontrar e intimar o acusado para atos processuais cuja realização exija sua presença. Nesse último caso, é certo que o acusado poderá se recusar a participar de atos probatórios cujo resultado puder lhe ser incriminador, por exemplo, reconhecimentos pessoais, forne-

³⁹⁵ GONÇALVES, Fernando. *Op. Cit.*, p. 87.

³⁹⁶ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 149.

³⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 765.

³⁹⁸ SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 151.

³⁹⁹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 149.

cer parâmetros gráficos para perícia de comparação de escritos etc. Todavia, o *nemo tenetur se ipsum accusare* permite que o acusado, se quiser, não participe do ato autoincriminador, mas não impede que, voluntariamente, aceite a realização do meio de prova. Em tal contexto, a medida alternativa do inciso I do *caput* do art. 319 do CPP poderá facilitar que o acusado seja encontrado, intimado e compareça a juízo, ainda que tenha o direito de, perante o juiz, validamente, negar-se a praticar o ato probatório, sem que de tal recusa se possam extrair elementos de convicção que lhe sejam desfavoráveis.

400

O legislador não estabeleceu a *periodicidade* do comparecimento. Caberá ao juiz, na decisão em que determina a medida, estabelecer a frequência do comparecimento, adequando-se as circunstâncias do caso. Poderá determinar o comparecimento mensal, bimestral, trimestral etc. Também poderá, no curso da medida, e sempre por decisão fundamentada, em contraditório, alterar a periodicidade de comparecimento.⁴⁰¹

Embora lei não preveja, é evidente que o comparecimento deverá ser pessoal, não se podendo admitir que o acusado cumpra a medida por meio de procurador ou por intermédio de seu advogado.⁴⁰² Nada impede que, caso o acusado não resida na comarca ou seção judiciária em que tramita o processo, o cumprimento da medida de comparecimento a juízo seja deprecado para o local de sua residência.⁴⁰³

A medida alternativa de comparecimento periódico em juízo difere da obrigação de comparecimento a todos os atos processuais, a que fica submetido o agente para ser beneficiado pela liberdade provisória sem fiança, no caso de prisão em flagrante em que o flagrado pratica o fato sob o amparo de uma causa de justificação. O descumprimento daquela medida alternativa à prisão autoriza a substituição, a imposição de outra cumulativamente ou, em último caso, a decretação da prisão preventiva, desde que presentes os requisitos legais, enquanto o descumprimento da obrigação de comparecimento a algum ou a todos os atos do processo não poderá dar causa à revogação

⁴⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 765.

⁴⁰¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães [et al.]. *Op. Cit.*, p. 237.

⁴⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 766.

⁴⁰³ PACCELI, Eugênio. *Curso de processo penal (atualização)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 17.

da liberdade, tendo em vista que é incabível a decretação da prisão preventiva face a justificção. Enquanto o comparecimento periódico em juízo para informar e justificar as atividades é medida cautelar autônoma, que pode ser imposta isolada ou cumulativamente com outra medida, o compromisso de comparecimento a todos os atos processuais é vinculação a que fica submetido o agente para ser beneficiado pela liberdade provisória sem fiança do art. 310, parágrafo único do CPP⁴⁰⁴, funcionando como medida de contracautela que substitui a prisão em flagrante.⁴⁰⁵

5.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES

Inicialmente há que se destacar que a aplicação desta modalidade de restrição de direito somente é possível quando presentes as circunstâncias relacionadas na previsão legal, havendo, portanto, este limitador. Esta condição deve estar relacionada diretamente com o local do delito, sempre “*por circunstâncias relacionadas com o fato*”, e é imposta ao acusado a proibição de ter acesso ou frequentar os lugares para evitar que ocorram novos crimes, sempre com alguma relação com os anteriores. Desta forma, o julgador, no caso concreto, sensível à possibilidade de o acusado se relacionar ou se aproximar da vítima, venha, *v.g.*, novamente a agredi-la, proibiu que ele se aproxime do local que ele habitualmente frequenta. Assim, somente quando houver risco da prática de novos crimes, caso o acusado acesse ou frequente determinado lugar, é que deve ser aplicada esta medida.⁴⁰⁶

A proibição de frequentar determinados lugares não é novidade no nosso sistema jurídico. Encontra correspondência em semelhantes condições já contempladas em outros institutos, como por exemplo: a) suspensão condicional do processo; b) livramento condicional; c) suspensão condicional da pena; d) violência doméstica e familiar, e também como pena alternativa.

⁴⁰⁴ Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

⁴⁰⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 344.

⁴⁰⁶ SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Lei n. 12.403/2011: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 249.

A expressão acesso deve ser compreendida com a simples ação de entrar ou ingressar em determinado local, não tendo qualquer conotação de reiteração ou repetição. A expressão frequência traduz a noção de repetição sistemática de um fato ou comportamento, in casu, a repetição habitual do investigado em comparecer a determinado lugar. A lei não dispõe sobre a espécie de lugar cujo acesso ou frequência poderá ser objeto da medida. Logo, poderá ser determinada a restrição ao acesso a locais públicos (v.g., parques em que há vendas de drogas), locais privados abertos ao público (v.g., casas noturnas) e até mesmo locais privados (v.g., casa do ofendido ou de testemunhas). De todo modo, deve haver uma relação entre o local cujo acesso está proibido e a prática do ilícito (v.g., impedir que um integrante de uma torcida organizada frequente estádios de futebol). Além disso, por ocasião de sua adoção, deve o magistrado especificar quais os lugares que o acusado não pode frequentar, sendo inadmissível a proibição de frequência a determinados locais em termos genéricos, sem especificá-los.⁴⁰⁷

Naturalmente que haverá de existir adequação entre o crime que se cometeu e a proibição de frequência ou de acesso que se impõe, pois do contrário a pena será inteiramente arbitrária (princípio da proporcionalidade).⁴⁰⁸

Todavia, não parece possível, ante a exigência de interpretação estrita de toda e qualquer norma que restrinja direitos fundamentais, que se admita a possibilidade de proibir o acesso a uma determinada cidade, o que poderia implicar excessiva restrição a outros direitos como o direito ao trabalho, à livre escolha da moradia, o contato com familiares e amigos etc.⁴⁰⁹

Como relatado, a Lei Maria da Penha já previa mesmo antes da legislação que passou a disciplinar as medidas cautelares alternativas à prisão, a proibição de frequentação de determinados lugares. No entanto, segundo nos parece, está incluído na medida cautelar ora tratada, ainda que implicitamente, a possibilidade de afastamento do lar.

⁴⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 345-346.

⁴⁰⁸ QUEIROZ, Paulo. *Op. Cit.*, p. 515.

⁴⁰⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães [et al.]. *Op. Cit.*, p. 240.

A proibição de acesso ou frequência pode ser em relação à residência do próprio acusado, quando a vítima lá residir, em relação de coabitação. Mesmo, portanto, que não se trate de situações abrangidas pela Lei Maria da Penha é possível que o magistrado imponha o afastamento do lar, do domicílio ou do lugar de convivência com a vítima. Por fim, a medida do afastamento somente pode ser imposta a quem for investigado pela prática de um delito, não podendo atingir terceiro que não seja réu, investigado ou que não tenha a potencialidade de vir a sê-lo. Assim, não pode impor aos familiares do réu a medida de proibição de frequentar determinado lugar, a não ser que haja elementos concretos que indiquem a participação anterior criminosa de qualquer deles. Como dito, para a decretação da medida cautelar deve haver a fumaça da prática de um delito (*fumus commissi delicti*) pelo investigado. De qualquer sorte, se o investigado ou réu se valer de terceiros para descumprir a medida ou ameaçar a vítima, o magistrado poderá impor medidas mais gravosas em relação ao investigado, sem prejuízo de tomar as medidas cautelares necessárias em relação ao terceiro, agora como partícipe do delito.⁴¹⁰

Nota-se, que nos últimos anos a proibição de frequentar lugares, como pena autônoma, foi raramente aplicada. Porém, como medida cautelar, é possível que tenha maior eficiência. Buscar-se-á, com sua imposição, evitar o cometimento de novos crimes, contornando-se os conflitos tipicamente existentes em certos locais, como botequins e demais lugares onde se serve bebida alcoólica sem controle algum. Serve para autores de crimes agressivos. Ou, sob outro prisma, para quem estiver envolvido com prostituição, focando os locais onde tal prática é realizada, comumente.⁴¹¹

A medida cautelar em estudo é extremamente benéfica e salutar. No entanto, para evitar que padeça de insucesso será necessária a fiscalização por parte do poder público para impedir que o beneficiário da medida substitutiva frustrate os seus fins. Isso porque, na maioria das vezes, não há qualquer tipo de fiscalização por parte do poder público, que só vem a descobrir a proibição imposta quando, frequentemente, a polícia é chamada ao local onde o acusado acaba de realizar novo crime. Assim, não se verifica a eficácia da própria medida, que busca justamente evitar a reiteração delituosa.⁴¹²

⁴¹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. Cit.*, p. 434-435.

⁴¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 83.

⁴¹² BONFIM, Edilson Mougnot. *Op. Cit.*, p. 45.

5.3 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA

A situação aqui é mais bem circunscrita que a do inciso anterior, na medida em que a proibição tem um objeto de tutela mais claro: uma pessoa determinada, em regra, a vítima, testemunha e até mesmo coautor do crime, mas sempre alguém devidamente individualizado. Nesse ponto, é perfeitamente possível que a medida cumpra uma função cautelar de tutela da prova. Assim, a efetividade dessa cautelar será mais concreta, na medida em que a própria pessoa protegida se encarregará de denunciar eventual descumprimento da ordem. Espera-se, contudo, que os juízes tenham muita serenidade na avaliação de eventuais denúncias de descumprimento da medida, evitando decisões precipitadas que poderiam conduzir à prisão preventiva em flagrante violação da proporcionalidade e necessidade.⁴¹³

Embora esta medida resguarde a pessoa em situação de risco, em face da conduta do suspeito, a sua decretação obedece às exigências de cautelaridade, se vinculando, propriamente, à conveniência da instrução criminal (inibitória). Tal previsão, como na hipótese do inciso anterior, já estava no art. 22, III, b da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha⁴¹⁴), mais precisamente na proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas. A vedação é de o imputado manter contato voluntário com determinada pessoa, excluindo-se o encontro casual (em seus limites). Nesse se insere qualquer espécie de contato: pessoal ou mediante qualquer meio de comunicação (*msn, skype, e-mail*, redes sociais, por exemplo). Igualmente, caberá ao magistrado delimitar a medida cautelar, de modo que não implique uma restrição além da exigência cautelar. A eficácia exige cientificação não só do sujeito que possui a sua liberdade de ir e vir cerceada, mas também da pessoa por ela beneficiada, a qual não se restringe à vítima.⁴¹⁵

A proibição de comunicação com a vítima ou pessoa determinada pode ser imposta ao requerido quando estiver sendo usada para a prática de delitos como ameaças, ofensas e perturbação do sossego. De fato, se por um lado, a difusão dos aparelhos de telefonia fixa e móvel dos últimos anos representou um avanço na democratização do

⁴¹³ LOPES JR, Aury. *Op. Cit.*, p. 152-153.

⁴¹⁴ Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação.

⁴¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. Cit.*, p. 107.

acesso a tais equipamentos, outrora destinados apenas às classes sociais mais abastadas, por outro, é notório o incremento da criminalidade via telefônica, desde golpes, extorsões, determinações criminosas oriundas de dentro dos presídios, até as clássicas ameaças, crimes contra a honra, perturbações do sossego, estas últimas espécies delitivas muito comuns, em se tratando de relações domésticas e ou familiares.⁴¹⁶

Destaque-se que a proibição de contato é tanto física quanto verbal, e, neste caso, tanto o pessoal quanto a distância, através de meios de comunicação, porque o bem jurídico que o legislador procurou tutelar com esta medida, além de prevenir a prática de novos crimes, também é o de proteger a vítima do crime anterior para que não sofra nova agressão, a qual pode ser moral, daí por que a proibição de contato, ainda que a distância.⁴¹⁷

É preciso, entretanto, que esta medida se justifique por circunstâncias relacionadas com o fato que deu ensejo à instauração da investigação policial ou processo penal de onde se extrai a necessidade de sua aplicação. Não se trata de imposição aleatória, sem qualquer vinculação com o fato passado. É imprescindível a existência de nexos entre a conduta pretérita e o comportamento futuro que agora se busca evitar, reduzindo as oportunidades de contato entre os envolvidos, por iniciativa do investigado ou acusado, daí referir a lei que sua aplicação só terá cabimento quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante da vítima.⁴¹⁸

No que diz respeito ao contato pessoal, o legislador não estabeleceu qualquer delimitação espacial. Por certo, em cada decisão o magistrado deverá, concretamente, estabelecer o limite desse contato, normalmente prevendo uma certa distância de não aproximação, por exemplo, 200 metros ou 1 quilômetro. Também é possível que seja estabelecida a proibição de contato delimitando-se determinados locais, por exemplo, no local de trabalho da vítima, durante sua jornada laborativa.⁴¹⁹

5.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA OU DO PAÍS

⁴¹⁶ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Op. Cit.*, p. 102.

⁴¹⁷ SILVA, Jorge Vicente. *Op. Cit.*, p. 251-252.

⁴¹⁸ MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 374-375.

⁴¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 768-769.

Em Portugal⁴²⁰, a legislação processual penal, proíbe que o réu se ausente para o estrangeiro, por isso, uma vez determinada a medida cautelar, visando conferir a necessária eficácia, o juiz determina que o indiciado ou processado entregue à guarda de tribunal o passaporte que eventualmente possua, bem como, comunica às autoridades competentes para que não emitam novo passaporte e nem renovem o existente durante à vigência da medida.

Embora não esteja expresso, a referida medida pode incluir a vedação à saída do país, pois quem sai do país, necessariamente deverá sair da comarca. A corroborar que o art. 319, inciso IV do CPP⁴²¹, inclui também proibição de ausência do país está o art. 320 do CPP⁴²², que faz menção expressa a tal possibilidade. Ademais, a tramitação do projeto deixa bastante clara que a intenção era incluir a proibição de ausência tanto da comarca quanto do país⁴²³.

Quanto à finalidade da medida, afirma o dispositivo que deve ser aplicada quando a permanência for “conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”. Pode até se pensar em uma hipótese em que a permanência na cidade é conveniente ou necessária para a investigação criminal, tal como ocorre se for imprescindível o reconhecimento pessoal do réu. Porém, isto é excepcional e a medida cautelar em análise possui âmbito propício e mais adequado de aplicação especialmente nas situações em que houver *perigo de fuga*, ou seja, quando houver risco para a aplicação da lei penal. O intuito mais próprio desta medida, portanto, será de evitar especialmente a fuga do réu do distrito da culpa. Tanto a redação originária do Projeto de Lei n. 4.208/2001 como a versão aprovada na Câmara previam claramente a dúlice finalidade da medida: “*para evitar fuga*, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução”. Porém, a redação apro-

⁴²⁰ Art.200º, CPPP: Se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, o juiz pode impor ao arguido, cumulativa ou separadamente, as obrigações de:
b) Não se ausentar para o estrangeiro, ou não se ausentar sem autorização.

⁴²¹ São medidas cautelares diversas da prisão: IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

⁴²² A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

⁴²³ Isto porque o Projeto de Lei n. 4.208 previa no art. 319, inciso IV, a ausência também do país. Na Câmara, porém, foi aprovado o projeto apenas com a expressão comarca.

vada ao final acabou sendo outra, prevendo apenas uma das finalidades. De qualquer sorte, não há dúvidas de que a medida poderá ser aplicada em caso de risco de fuga. Isto porque, analisando as razões que levaram à exclusão da finalidade de fuga⁴²⁴, verifica-se que não há qualquer intenção de restringir o âmbito de aplicação da medida. Não bastasse, o art. 320 do CPP afirma que a proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar *as saídas* do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte. Resta claro, portanto, que o objetivo é impedir, com tal medida, que o acusado frustrasse a aplicação da lei penal. A medida poderá se mostrar especialmente adequada se o réu tiver dinheiro no exterior, possuir cidadania estrangeira, morar em países estrangeiros, possuir contatos no exterior etc. Em síntese, é adequada a medida, portanto, quando houver risco de que o acusado possa se furtrar à aplicação da lei penal e também quando houver necessidade para a instrução (necessidade de reconhecimento pessoal, por exemplo).⁴²⁵

Essa medida já vinha sendo imposta por alguns juízes e tribunais que, com base no suposto poder geral de cautela, determinavam a entrega do documento (passaporte) para evitar a saída do indiciado ou acusado do Brasil, ou seja, para evitar sua fuga e o conseqüente prejuízo à aplicação da lei penal. Agora, a entrega do passaporte é medida cautelar legalmente prevista, de tal sorte que está superada a divergência acima apontada. A medida passou a ser legalmente cabível, desde que decretada com base em dados concretos de indicação de fuga. A determinação de entrega do passaporte, embora seja medida eficaz para evitar fuga de supostos criminosos, não pode ser decretada com base em meras conjecturas, ou seja, com base em mera suposição de que o réu fugirá. *Em tese*, todo acusado pode fugir, o que comprova que essa presunção não é suficiente, por si só, para decretação desta medida (ou de qualquer outra).⁴²⁶

Importante registrar, que a simples entrega do passaporte ao juízo processante ou a não renovação não evita a fuga para países que integram o Mercosul, uma vez que no trânsito entre os países-membros somente é exigida a apresentação de documento de iden-

⁴²⁴ O deputado João Campos assim se manifestou: “No inciso IV, foi substituída a expressão ‘para evitar fuga’ pela ‘ou do país’, providência que pretende dar maior abrangência à medida. Entendemos que apenas deveria ser suprimida a expressão ‘para evitar fuga’, por ser subjetiva e de enorme dificuldade probatória”.

⁴²⁵ MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. Cit.*, p. 436-437.

⁴²⁶ BIANCHINI, Alice [et al.]. *Op. Cit.*, p. 201-202.

tidade.⁴²⁷ Para que a adoção dessa medida não funcione na prática como uma mera advertência ao acusado, e objetivando assegurar sua operacionalidade e eficácia, o art. 320 do CPP prevê que a proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas. Para além dessa medida, pensamos ser possível uma interpretação extensiva do quanto disposto no art. 289-A do CPP⁴²⁸, de modo a se entender que, no banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, deve ser providenciado não só o registro imediato dos mandados de prisão, como também de qualquer outra medida cautelar que tenha sido imposta. Com efeito, imagine-se hipótese em que o magistrado tenha determinado o cumprimento dessa cautelar de proibição de se ausentar da comarca. Ora, seria extremamente válido e importante que essa decisão também fosse incluída no cadastro do Conselho Nacional de Justiça, possibilitando que autoridades policiais ou judiciais de outras comarcas ou de outras unidades federativas tivessem conhecimento das restrições impostas ao agente, auxiliando seu cumprimento e fiscalização. Ademais, nada impede que tal medida seja determinada cumulativamente com outras(s) medida(s) prevista(s) no art. 319 do CPP, tal como o comparecimento periódico em juízo, o monitoramento eletrônico, mormente no caso de aparelhos com tecnologia de GPS.⁴²⁹

A medida se extinguirá no momento do encerramento da instrução processual. Entretanto, se prevalecer a orientação que sua finalidade também consiste em evitar o risco de fuga, seu prazo de duração se prolongará além do término da instrução enquanto persistir este risco até o limite indicado pela proibição de excesso contida no princípio da proporcionalidade.⁴³⁰

5.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA

A decretação de uma prisão cautelar é a interferência mais agressiva do Estado na vida e na dignidade do indivíduo, pois, além da segregação em si, o cárcere produz intensa estigmatização social e psicológica. Não se pode, pois, banalizar a prisão preventiva, já

⁴²⁷ FREITAS, Jaime Walmer de. *Op. Cit.*, p. 75.

⁴²⁸ O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

⁴²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 349.

⁴³⁰ SANGUINÉ, Odone. *Op. Cit.*, p. 725.

que seus efeitos criminógenos, mais que ressocializar o agente, causam profunda desagregação dos valores da pessoa, inserindo-a em um contexto capaz de afetar de maneira definitiva qualquer processo de socialização. Por isso, verificando que não é necessário privar o agente de sua liberdade de locomoção em absoluto, e que seu mero recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga já será suficiente e necessário para garantir a aplicação da lei penal, para tutelar a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de novas infrações penais, deve o magistrado optar pela medida cautelar do recolhimento domiciliar.⁴³¹

Conforme explica Choukr⁴³², o denominado *recolhimento domiciliar*, que não se confunde com a prisão domiciliar, é também uma alternativa à prisão, mas com requisitos específicos, já que possui previsão no ordenamento penal, não como medida cautelar e, sim, como pena definitiva nos termos do art. 13 da Lei n° 9.605/1998.⁴³³ Enquanto medida cautelar alternativa, por certo sua maior dificuldade é, sobretudo nos grandes centros urbanos, a fiscalização do correto cumprimento diante da ausência de um aparato próprio para tal finalidade. Não obstante, cumpre essa inovação o objetivo de humanizar o sistema de asseguramento cautelar do Juízo. É uma medida que serve tanto para garantir a ordem pública, evitando novas infrações penais, como também para garantir a aplicação da lei penal, evitando a fuga do investigado ou indiciado.⁴³⁴ A medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno e em dias de folga limita mais a liberdade de ir e vir que as outras medidas.

A aplicação dessa medida exige, *prima facie*, residência e trabalho fixo do imputado. O recolhimento domiciliar comporta disciplina e responsabilidade do sujeito, bem como efetiva fiscalização pelo Estado, a qual é possível, mormente quando agregada outra cautelar, como a do monitoramento eletrônico. Há necessidade de demonstração da residência fixa e da ocupação regular, na medida em que um dos objetivos é satisfazer a exigência de cautelaridade, sem prejuízo da atividade laborativa do imputado, ultrapas-

⁴³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 350.

⁴³² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. Cit.*, p. 113.

⁴³³ O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória.

⁴³⁴ MESSA, Ana Flávia. *Op. Cit.*, p. 258.

sando a funcionalidade fática-conservativa e a inibitória, atingindo a restrição parcial da liberdade (funcionalidade de constrição parcial, condicionante). O trabalho fixo não se restringe ao emprego com carteira ou contrato assinado. Basta a demonstração de que o imputado está exercendo atividade laborativa com certa continuidade temporal, não necessariamente no mesmo local, na mesma atividade e nem com profissão definida. O recolhimento é ao domicílio do imputado ou de seus familiares, de forma adequada à continuação do exercício da atividade laboral. Sendo um dos objetivos desta cautelar a manutenção do trabalho, o horário de recolhimento há de ser compatível com a natureza, horário e espécie de trabalho desenvolvido. Portanto, o horário será fixado levando em consideração essas circunstâncias, inclusive os casos em que o imputado trabalha à noite.

435

Considera-se *período noturno* aquele compreendido entre as 18 horas de um dia e as 6 horas da manhã seguintes. É o tempo que, em regra, se destina ao repouso noturno, quando então as pessoas se recolhem aos seus lares depois de longa jornada diária, segundo os costumes locais. Domicílio é o lugar onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Residência é o local, espaço físico habitado pelo indivíduo. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas. Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de mudar. Para a imposição da medida, é indispensável, que exista nexos entre o delito praticado e a restrição, sem o que não estará evidenciada a necessidade e adequação.⁴³⁶

O recolhimento domiciliar é uma boa alternativa à prisão preventiva, mormente nos crimes de médio potencial ofensivo. O tempo em que ficou o agente recolhido deve se contar em futura detração penal, caso advenha a condenação final.⁴³⁷

5.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA

Trata-se de medida cautelar que pretende impedir a reiteração da conduta criminosa, já que a justificativa legal é o justo receio de sua utilização para a prática de

⁴³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. Cit.*, p. 107-108.

⁴³⁶ MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 376-377.

⁴³⁷ POLASTRI, Marcellus. *Op. Cit.*, p. 260.

infrações penais. Deve-se ter cuidado extremo com tal medida, pois ela pode ensejar a impossibilidade da manutenção do acusado e de sua família, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão. Portanto, a suspensão não pode ser por um período prolongado, em razão do tempo do processo, pois impede que o acusado possa realizar sua atividade produtiva. No caso de funcionários públicos, a Administração Pública não pode suspender o pagamento dos subsídios ou vencimentos do acusado, pois a suspensão é provisória e fere o princípio da presunção de inocência. Difícil, será que a iniciativa privada admita a suspensão da atividade produtiva do acusado e continue a pagar salário ou a mantê-lo nos quadros da empresa.⁴³⁸

É medida extremamente gravosa e que deverá ser utilizada com suma prudência, sendo até mesmo de discutível constitucionalidade. Não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena. De toda forma, terá como campo de aplicação os crimes econômicos e aqueles praticados por servidores públicos no exercício da função, ou seja, *propter officium*, sempre com vistas a impedir crimes futuros (perigosa futurologia...). Não se descarta a utilização nos crimes ambientais, como interdito de caráter preventivo. Sempre deverá ser fundamentada a decisão que impõe tal medida, apontando especificamente no que consiste o receio de reiteração e não se admitindo decisões genéricas ou formulárias.

439

Recordemos que o sistema cautelar brasileiro não consagra um prazo máximo de duração das medidas, conduzindo a resultados gravíssimos para o imputado, que se vê submetido, por prazo indeterminado, a severas restrições de direitos fundamentais. O tema tratado bem evidencia o imenso problema dessa indeterminação temporal, pois a suspensão do exercício de função pública e, mais grave ainda, da atividade de natureza econômica ou financeira, poderá representar uma antecipação de pena e, principalmente, a morte econômica de pessoas e empresas por um lento processo de asfixia.⁴⁴⁰

A função pública representa a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a deter-

⁴³⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 160-161.

⁴³⁹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 155.

⁴⁴⁰ Idem, p. 156.

minados servidores para a execução de serviços eventuais. Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo.⁴⁴¹

Poderá ser suspensa cautelarmente a atividade de pessoa jurídica? Primeiramente, a exigência de cautelaridade se aplica ao autor da infração criminal, o que leva à admissibilidade nas hipóteses em que prevista a responsabilidade criminal no ordenamento jurídico. Em segundo lugar, há que ser verificada a suficiência do afastamento da pessoa física a ela vinculada, bem como, ademais da funcionalidade específica (justo receio de prática de novas infrações penais), a continuidade do funcionamento da empresa.⁴⁴²

Certamente surgirá controvérsia sobre a possibilidade ou não de a suspensão atingir todo tipo de atividade econômico-financeira. A extensão e a amplitude de tal conceito poderão colocar em risco o direito ao trabalho e a livre-iniciativa econômica. Ao mais, não se pode perder de vista que o CPP apresenta o grave vício de não estabelecer um prazo máximo de duração da suspensão que, somado com a conhecida demora de tramitação dos processos, poderá transformar uma medida de suspensão de atividade econômico-financeira em uma proibição de atividades econômico-financeiras. De qualquer forma, por se tratar de uma medida de suspensão temporária de função ou atividade, é importante que o juiz, ao decretar a medida, estabeleça um prazo máximo de sua duração, sem prejuízo de que, ao término, possa prorrogar a medida. A preocupação em fixar um prazo de duração se justifica para impedir que uma medida interditiva, de suspensão de direitos específicos do acusado, distintos da liberdade, se transforme em uma proibição indefinida do exercício da função ou atividade.⁴⁴³

5.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA EM CASO DE INIMPUTÁVEL OU SEMI-IMPUTÁVEL

No caso de acusado ou de investigado inimputável ou semi-imputável pode-se estabelecer como medida cautelar a internação provisória. Nesse caso, deve-se aferir a condição de inimputável ou semi-imputabilidade do acusado, sendo que a imputação que

⁴⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 348-349.

⁴⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. Cit.*, p. 110.

⁴⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 776-777.

recaia deve ser de crime praticado com violência ou grave ameaça, apresentando também o risco de reiteração da conduta. Aqui, percebe-se que a adequação da internação provisória decorre de condição especial do acusado ou do investigado, tendo que ser definida em situação excepcionalíssima, pois é para evitar o cometimento de novas infrações. A medida apresenta um conteúdo de satisfatividade muito grande, somente podendo ser reconhecida como legítima quando for para garantia da ordem pública.⁴⁴⁴

Como se percebe, a internação provisória somente será aplicável ao inimputável ou semi-imputável nas hipóteses de fatos típicos e ilícitos cometidos com violência ou grave ameaça, quando houver risco de reiteração, o que demonstra que essa medida deve ser aplicada com a finalidade de proteção da sociedade contra a possível prática de crimes graves. O dispositivo não estabelece distinção entre quem já era imputável ou semi-imputável à época do crime e aquele cuja doença mental sobreveio à infração. Logo, a medida pode ser aplicada em ambas as hipóteses, jamais como medida de segurança provisória, mas sim como instrumento de natureza cautelar destinado à tutela da garantia da ordem pública, para evitar a prática de novas infrações penais com violência ou grave ameaça.⁴⁴⁵

O art. 286 do Código de Processo Penal Italiano⁴⁴⁶, prevê como alternativa à prisão, o confinamento hospitalar quando excluída ou severamente limitada a capacidade de entender e querer do agente criminoso. Estabelece ainda, que se deve adotar as medidas pertinentes para evitar a fuga do doente mental, assim como, uma vez restaurado, o paciente deve receber alta.⁴⁴⁷

Para a aplicação desta medida não bastam os requisitos descritos na lei (crimes praticados com violência física ou moral à pessoa; o acusado ser inimputável ou semi-imputável e, risco de reiteração demonstrado por prova pericial⁴⁴⁸), exigindo também, co-

⁴⁴⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. *Op. Cit.*, p. 162.

⁴⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 356-357.

⁴⁴⁶ Se la persona da sottoporre a custodia cautelare si trova in stato di infermità di mente che ne esclude o ne diminuisce grandemente la capacità di intendere o di volere, il giudice, in luogo della custodia in carcere, può disporre il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero, adottando i provvedimenti necessari per prevenire il pericolo di fuga. Il ricovero non può essere mantenuto quando risulta che l'imputato non è più infermo di mente.

⁴⁴⁷ CORDERO, Franco. *Op. Cit.*, p. 425-426.

⁴⁴⁸ MESSA, Ana Flávia. *Op. Cit.*, p. 259.

mo toda e qualquer medida cautelar, à presença do *fumus commissi delicti* (prova da materialidade e indícios de autoria) e do *periculum libertatis* (representado pela necessidade da medida para a garantia da ordem pública, ou seja, pela necessidade de adoção da medida para evitar a prática de novas infrações penais).⁴⁴⁹

A internação provisória pode ser decretada durante as investigações ou, ainda, durante o curso do processo. Se nestes momentos já existe a possibilidade de realização do exame de insanidade mental, também já será possível a aplicação da internação provisória, inclusive durante as investigações. Relembre-se, ademais, que o art. 282, § 2º do CPP⁴⁵⁰, permite a aplicação de medidas cautelares mesmo durante o inquérito.⁴⁵¹ A prova da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade é feita mediante perícia técnica, sendo condicionante da internação provisória. Não basta a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade, mas se exige indicação clara e objetiva da necessidade de internação pelos técnicos.⁴⁵²

Esta modalidade de substituição da prisão processual por tratamento ambulatorial pode ter grande utilidade nos casos de infratores que cometem crimes, em razão do vício em drogas, quando então poder-se-á aproveitar o tempo que o acusado estiver preso ainda sem condenação para tentar curar-se o vício, ficando desta forma mais preparado para voltar a viver em sociedade quando for colocado em liberdade.⁴⁵³

A internação provisória é situacional, de modo que, desaparecendo o suporte fático legitimador do perigo, deve o imputado ser colocado em liberdade. Na mesma linha, não pode ter uma duração indeterminada (em que pese a lacuna legal na definição dos prazos máximos das medidas cautelares).⁴⁵⁴ Cumpre, por fim, buscar a interpretação das regras existentes para sanar este vazio.⁴⁵⁵

⁴⁴⁹ MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. Cit.*, p. 453.

⁴⁵⁰ As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

⁴⁵¹ MENDONÇA, Andrey Borges. *Op. Cit.*, p. 457.

⁴⁵² GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. Cit.*, p. 111.

⁴⁵³ SILVA, Jorge Vicente. *Op. Cit.*, p. 261.

⁴⁵⁴ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 159.

⁴⁵⁵ NICOLITT, André. *Op. Cit.*, p. 124.

Por acarretar restrição da liberdade de locomoção, o lapso temporal em que o acusado inimputável ou semi-imputável ficar submetido à internação deve ser levado em consideração para fins de detração penal, seja no tocante a eventual quantum de pena privativa de liberdade (quando houver recuperação das faculdades mentais daquele, cuja doença mental sobreveio à infração), seja quanto ao prazo mínimo de aplicação da medida de segurança.⁴⁵⁶

5.8 FIANÇA PARA ASSEGURAR O COMPARECIMENTO DO IMPUTADO A ATOS DO PROCESSO

Gimeno Sendra⁴⁵⁷, esclarece ser possível ao juiz ou ao tribunal conceder liberdade provisória com fiança, como uma garantia destinada exclusivamente à presença do imputado em juízo. Para a concessão devem ser observados os requisitos da natureza do delito, a condição econômica e os antecedentes do beneficiário.

Com a nova lei de cautelares pessoais penais a fiança recuperou sua força. Agora é uma *cautelar penal*, que pode substituir a *prisão preventiva* ou outras cautelares caso seja constatada sua necessidade para preservar a ordem do processo e garantir a participação do réu nos atos de instrução. Passa a ser possível a determinação do pagamento de fiança em qualquer delito, medida que valoriza o instituto, fazendo com que recupere o prestígio de instrumento cautelar processual apropriado. A fiança não é instrumento para prestigiar a jurisdição frente ao clamor público, ou mecanismo de justiça social, mas meio para salvaguardar o processo diante de indícios concretos de desordem, tumulto, ou de subtração do agente às determinações judiciais. Assim, se bem aplicada, nos casos previstos em lei, a *fiança* pode cumprir um papel tão ou mais relevante que outras medidas cautelares, como a própria *prisão*, desde que observados os princípios da razoabilidade e adequação.⁴⁵⁸

A fiança, na liberdade provisória, é uma contracautela, uma garantia patrimonial, caução real, prestada pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das des-

⁴⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.*, p. 359.

⁴⁵⁷ SENDRA, Vicente Gimeno. *Op. Cit.*, p. 370.

⁴⁵⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Fiança não pode ser aplicada como antecipação da pena*. Disponível em: www.conjur.com.br Acesso em 22.02.2015.

pesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas, também, como fator inibidor da fuga. Ou seja, é a fiança, considerando o elevado valor que pode atingir, um elemento inibidor, desestimulante, da fuga do imputado, garantindo, assim, a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação. Guarda, por isso, uma relação de proporcionalidade em relação à gravidade do crime e também em relação às possibilidades econômicas do imputado. Na sistemática do art. 319, inciso VIII do CPP⁴⁵⁹, a fiança adquire o status de medida autônoma da liberdade provisória e por isso pode ser aplicada em qualquer fase do processo.⁴⁶⁰ Com o advento da Lei n. 12.403/2011, não há que se confundir acerca da fiança como medida cautelar diversa da prisão e a fiança libertadora ou liberadora que se pode prestar como contracautela à prisão em flagrante. Nestes termos, a fiança libertadora da prisão em flagrante, a rigor, só terá cabimento dentro do período que medeia a lavratura do auto de prisão e a decretação da prisão preventiva. Daí por diante só será possível pensar em fiança enquanto medida cautelar, sendo possível, neste caso, que mesmo depois de decretada a prisão preventiva ou durante o processo, o juiz reconsidere a necessidade e utilidade do encarceramento, ocasião em que poderá fazer cessar a privação cautelar da liberdade e aplicar a medida diversa denominada fiança.⁴⁶¹

A fiança como medida cautelar alternativa tem a particularidade de ser adotada antes da decretação da prisão preventiva, porquanto, a substitui, e não como clássica liberdade provisória debaixo de caução onde ganha natureza de *contracautela* uma vez que a prisão preventiva já foi decretada. Este tipo de medida não tem como finalidade impedir que o acusado ou investigado oculte meios de prova, turbando o normal desenvolvimento do processo ou da investigação, senão, garantir a reparação dos danos, pagamento das multas e o atendimento das obrigações processuais que puderem ser impostas na sentença condenatória, além de ser uma boa medida para evitar o perigo de fuga do acusado ou investigado.⁴⁶²

⁴⁵⁹ fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

⁴⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 900-901.

⁴⁶¹ MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 382.

⁴⁶² CHÉVEZ, Héctor González. *Las medidas cautelares em el proceso penal*. México: Ediciones Coyocán, 2009, p. 230.

Como as demais medidas cautelares diversas, essa fiança pode ser aplicada de forma isolada ou cumulada com outra medida prevista no art. 319 do CPP, e tem como função precípua assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar obstrução do seu andamento ou em caso de resistência à ordem judicial. Nos dois primeiros casos, é manifesta a tutela do processo, seja pelo viés de tutela da prova, seja para assegurar a aplicação da lei penal. Já a parte final do artigo foge a essa sistemática, tendo uma finalidade punitiva, ao exigir fiança de quem tenha resistido, de forma injustificada, à ordem judicial. Essa fiança poderá ser exigida, inclusive, como reforço da tutela cautelar, no momento da sentença condenatória, para garantir que o réu possa recorrer em liberdade diminuindo o risco de fuga (fator inibidor).⁴⁶³ A fiança como todas as medidas cautelares tem sua eficácia limitada à realização do processo de conhecimento condenatório para garantia do qual foi concedida. Por isso, a principal causa de extinção de seus efeitos é o trânsito em julgado da sentença proferida no processo a que está preordenada.⁴⁶⁴

Assegurando o comparecimento do acusado ao processo, a fiança tem natureza tipicamente cautelar. Assume a função de cautela processual na medida em que o acusado é obrigado a comparecer aos atos do processo, incluindo atos probatórios. Também poderá ser uma cautela final, garantindo a aplicação da lei penal, quer porque o valor ou objetos dados em fiança poderão ser utilizados para o pagamento da pena de multa e de prestação pecuniária, quer porque exercerá pressão psicológica para o comparecimento do acusado para o início de cumprimento da pena, em caso de condenação transitada em julgado, evitando com isso o perdimento da fiança.⁴⁶⁵

No direito Português⁴⁶⁶, há uma figura que muito se assemelha à fiança como medida cautelar autônoma que é a *caução*, considerada como medida de coacção, consiste na imposição ao arguido de garantia patrimonial para acautelar o cumprimento das suas obrigações processuais, comparência em acto processual, cumprimento de obrigações derivadas de medida de coacção que lhe tiver sido imposta etc. A *caução*, enquanto medi-

⁴⁶³ LOPES JR, Aury. *Op. Cit.*, p. 902-903.

⁴⁶⁴ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Op. Cit.*, p. 331.

⁴⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 779.

⁴⁶⁶ GONÇALVES, Fernando. *Op. Cit.*, p. 83.

da de coação, não deve confundir-se com a caução econômica como garantia patrimonial. Enquanto aquela (caução) destina-se a prevenir o cumprimento pelo arguido das suas obrigações processuais, esta (caução econômica) destina-se a garantir o cumprimento de obrigações de natureza estritamente patrimonial emergentes do processo.

A liberdade provisória por ser uma situação precária permite o estabelecimento de condições para o seu gozo. Uma delas é expressa pela *fiança*, cujo objetivo principal é a garantia da presença do acusado aos atos do processo, quando for determinado pelo juiz, até a sentença final.⁴⁶⁷ Logo, na referência à fiança como medida cautelar, tem-se que ela visa a garantir o comparecimento do acusado na instrução. Contudo, nas disposições específicas da liberdade provisória com fiança verifica-se que seu objetivo é também a garantia da aplicação da lei penal, já que ocorre o perdimento da fiança quando o réu não se apresenta para cumprir a pena.⁴⁶⁸

Uma questão que se discute é: o que deve ser entendido como resistência injustificada à ordem judicial? Em nosso sentir, trata-se da hipótese do acusado que deixa de cumprir, deliberadamente, ordem judicial lícita emanada de autoridade judicial competente. Desta feita, poderá o juiz aplicar ao acusado a fiança, sempre que verificar não ser o caso de decretação da prisão preventiva, bem como que ele descumpriu medidas impostas judicialmente (v.g., uma cautelar imposta).⁴⁶⁹

5.9 MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Enquanto na mídia as opiniões, quase sempre pouco meditadas, divergem notavelmente, na literatura especializada (livros, artigos e relatórios técnicos) predomina uma postura de franco apoio à sua implantação e a seu incremento. Esta é, outrossim, a atitude dos operadores jurídicos e dos demais profissionais que trabalham nos diversos âmbitos da execução da pena (ou como alternativa à prisão), entediados não apenas com os malefícios da clausura, senão também com suas repercussões sobre a criminalidade, e ávidos por encontrar saídas para este obscuro subterrâneo da justiça penal.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, p. 69.

⁴⁶⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. *Op. Cit.*, p. 164.

⁴⁶⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. *Op. Cit.*, p. 51.

⁴⁷⁰ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 73.

Ao contrário do que se pode pensar, o monitoramento eletrônico não é uma invenção recente. As primeiras experiências com o monitoramento à distância de pessoas remontam à década de 60, período em que pesquisadores da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos da América, desenvolveram um transmissor portátil chamado *Behavior Transmitter-Reinforcer (BT-R)*.⁴⁷¹ Os anos 70 e o início dos anos 80 foram marcados por grande desinteresse no desenvolvimento do monitoramento eletrônico. Com a comercialização do transistor e a invenção do circuito integrado, a tecnologia eletrônica tornou-se suficientemente avançada, a ponto de viabilizar o monitoramento de pessoas. Tal possibilidade fez com o juiz americano do Estado do Novo México, Jack Love, idealizasse uma nova concepção do monitoramento eletrônico na década de 80, inspirado na história em quadrinho do Homem-Aranha, quando o juiz teve a ideia de transportar do mundo imaginário das histórias em quadrinhos para o mundo real. Para concretizar a ideia o juiz Love entrou em contato com diversas empresas de tecnologia, solicitando a fabricação do equipamento tal como havia sido desenhado nos quadrinhos. O próprio juiz Love durante algumas semanas testou o equipamento desenvolvido. Os testes pioneiros da tornozeleira eletrônica foram realizados em abril de 1983 com presos em liberdade condicional.⁴⁷²

Em 15.06.2010, ingressou no ordenamento jurídico pátrio a Lei n. 12.258/2010⁴⁷³, que alterou dispositivos da Lei de Execução Penal e previu a possibilidade de vigilância indireta pelo sentenciado por meio de monitoração eletrônica nas hipóteses de saída especial e prisão domiciliar. Outra forma de aplicação do monitoramento eletrônico prevista em nosso ordenamento jurídico surgiu com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, que, modificando dispositivos do CPP, previu a possibilidade de sua utilização como medida cautelar diversa da prisão, norma essa que alterou substancialmente a legislação adjetiva penal, demonstrando-se a preocupação do legislador em buscar fazer com que a prisão cautelar, extremamente drástica e invasiva,

⁴⁷¹ BURRELL, William D. *From b. f. skinner to spiderman to Martha Stewart: the past, presente and the future of eletronic monitoring of offenders*. Disponível em: www.tandfonline.com. Acesso em 17.02.2015.

⁴⁷² GABLE, Robert S. *Left to their own devices: should manufacturers of offender monitoring equipment be liable for design defect?* Disponível em: www.illinoisjltp.com. Acesso em 17.02.2015.

⁴⁷³ Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

seja utilizada apenas quando não houver a possibilidade de ser substituída por outra medida cautelar descrita no CPP.⁴⁷⁴

Três são as formas conhecidas de realização do monitoramento eletrônico, são elas: passiva, ativa e posicionamento global. No sistema passivo, um telefone entra em contato com os vigiados periodicamente a fim de que seja certificado o local em que se encontram, consistindo normalmente em um sistema aleatório de chamadas telefônicas que são efetuadas aos locais onde o agente se encontra, o qual deve atender pessoalmente a chamada, o que pode ser provado por meio de um identificador de voz, uma contrassenha, ou impressão digital. Já o sistema ativo, determina limitações à mobilidade do vigiado, o qual passa a ter áreas preestabelecidas onde possa ser encontrado, pois esse sistema emite continuamente um sinal. Assim, um dispositivo localizado no apenado retransmite o sinal a uma estação de controle, disparando um sinal de alarme em caso de rompimento ou distanciamento do local predeterminado. Por fim, o sistema de posicionamento global utiliza a rede de satélites, uma estação na terra e os dispositivos implantados nos usuários, gerando, dessa forma, uma perfeita localização do usuário, o qual, portando o dispositivo poderá ser localizado por parte do rastreador em qualquer local.⁴⁷⁵

Nos Estados Unidos da América, o monitoramento eletrônico não se presta apenas a ser utilizado como meio de controle, buscando também, a reeducação do agente, pois seus beneficiários são recrutados de acordo com a infração praticada e seu perfil psicológico.⁴⁷⁶ Em linhas gerais, o monitoramento eletrônico consiste na utilização de dispositivos eletrônicos (como pulseiras e tornozeleira) que permitem localizar e controlar, fora do estabelecimento prisional, indivíduos que respondem a um processo penal ou que estão em fase de cumprimento da pena privativa de liberdade.⁴⁷⁷

É preciso ter clareza que esta forma de vigilância impõe que seja atrelado ao corpo de um cidadão mecanismo que permite a identificação de sua localização, seus movimen-

⁴⁷⁴ FONSECA, André Luiz Filo-Creão da. *O monitoramento e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012, p. 78.

⁴⁷⁵ RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel eletrônica: de la cárcel física a la cárcel mental*. Revista del Poder Judicial, n° 79, 2005, p. 45-46.

⁴⁷⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: CNPC, 2008, p. 19.

⁴⁷⁷ AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. *Monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão*, p.81.

tos e trajetos, bem como a hora em que os mesmos são realizados, e envia esta informação às autoridades públicas competentes para o monitoramento. Por mais que não importe em restrição física da liberdade de locomoção, o monitoramento reduz a autonomia do indivíduo, afetando seu direito fundamental à intimidade e à privacidade. A possibilidade de ir e vir a qualquer lugar, sem rastreamento ou identificação, sem intervenção estatal sobre estes atos, faz parte do rol de liberdades individuais. A preservação da intimidade impede que o Estado controle ou vigie a movimentação do indivíduo, da mesma forma que protege as conversas telefônicas, a correspondência e o domicílio. O direito à intimidade, no entanto, não é absoluto. Como todos os demais direitos fundamentais, sofre limitações diante de outros preceitos equivalentes, de maneira a garantir uma sistematização harmônica das normas vigentes. Porém, a violação autorizada do direito à intimidade é pautada pelos princípios da necessidade, utilidade, legalidade e pela reserva jurisdicional. Os mesmos parâmetros que revestem e limitam a restrição ao sigilo telefônico, a violação da intimidade domiciliar, e dos demais direitos à privacidade, são cabíveis e devem ser observados para o monitoramento eletrônico, como forma de privação temporária de direito fundamental.⁴⁷⁸

Com o objetivo de afastar eventual inconstitucionalidade, Espinoza Goyena⁴⁷⁹, defende que a aplicação do controle eletrônico como medida cautelar alternativa à prisão provisória deve contar com o consentimento do afetado, pois do contrário, o Estado estará produzindo ingerência na intimidade do imputado. A dignidade da pessoa humana, princípio epicentro do direito posto e supostamente violado com a vigilância eletrônica (por isso se refere que é inconstitucional), é muito mais vulnerada e de contínuo no interior das prisões. No que concerne ao custo social, sustenta-se que o indivíduo, ao permanecer em liberdade no seio do seu núcleo familiar e continuar trabalhando, ocupando-se de tarefas domésticas ou exercendo uma atividade externa, e/ou estudando, não se torna um pária, tem condições de assegurar a manutenção de sua família e, se for o caso, indenizar a vítima, reparando o dano. Na Suécia, dito seja de passagem, o valor

⁴⁷⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico*. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. V. 36: 2008, p. 389. Disponível em: www.seer.ufu.br Acesso em 17.02.2015.

⁴⁷⁹ GOYENA, Julio César Espinoza. *Brazalete electrónico, a propósito de la detención domiciliaria*. Disponível em: www.incipp.org.pe/detencion domiciliaria. Acesso em 18.02.2015.

recebido pelos monitorados vai para um fundo de indenização às vítimas.⁴⁸⁰

O fato de o monitoramento ser medida de caráter penal não significa que ele tenha natureza de pena propriamente dita. O sistema de vigilância pode apresentar-se como sanção ou como medida assecuratória processual. Enquanto sanção penal, ou como medida assecuratória do cumprimento da sanção penal, o monitoramento somente poderá ser aplicado após o trânsito em julgado da sentença penal, em respeito à presunção de inocência. Já enquanto medida cautelar processual, o monitoramento definir-se-ia como instrumento para assegurar a regular instrução criminal, a colheita de provas, a eventual reparação do dano e a aplicação das sanções em caso de condenação, ou seja, para preservar a ordem do processo, pelo que sua aplicação não exigiria o trânsito em julgado do feito.⁴⁸¹

Ao ser acusado criminalmente, o sujeito passa a ser controlado pelo Estado. O controle vai desde o comparecimento aos atos processuais até o recolhimento ao cárcere, passando pelas formas de compromisso na liberdade provisória e na fiança. Porém, os avanços tecnológicos, além de situarem o próprio processo na virtualidade, também interfere na forma de controle e na restrição da liberdade de ir e vir. A inovação, em nosso sistema jurídico, é da possibilidade de o monitoramento eletrônico constituir-se em alternativa à prisão preventiva, sempre que houver exigência de cautelaridade, preenchidos os requisitos gerais (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*). Embora não haja referência à funcionalidade específica do monitoramento eletrônico no art. 319, inciso IX do CPP⁴⁸², sua destinação aproxima-se à função de evitar o risco de fuga ou da reiteração criminosa (funcionalidade fático-conservativa e constrição parcial).⁴⁸³

O avanço da monitoração eletrônica, somado à aceitação de ampliação do uso da prisão domiciliar pode ser uma importante ferramenta para a execução tanto da prisão processual quanto da pena privativa de liberdade, com efetiva restrição da liberdade da pessoa e sensível minoração nos problemas reflexos decorrentes do cárcere.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância...*, p. 75.

⁴⁸¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, p. 392.

⁴⁸² São medidas cautelares diversas da prisão: IX - monitoração eletrônica.

⁴⁸³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. Cit.*, p. 112-113.

⁴⁸⁴ TASSE, Adel El. *Op. Cit.*, p. 75.

6. CUMULAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

As medidas cautelares alternativas à prisão poderão ser fixadas isolada ou cumulativamente, o que permite potencializar o número de medidas possíveis de serem tomadas no caso concreto.⁴⁸⁵ As finalidades das medidas cautelares poderão ser alcançadas pela imposição de uma só ou pela cumulação de várias medidas alternativas à prisão, por exemplo, a prisão preventiva poderá ser substituída por fixação de fiança cumulada com obrigação de comparecimento periódico em juízo durante o curso da ação penal.⁴⁸⁶

Tal regra, porém, precisa de uma interpretação restritiva no que se refere à cumulatividade. Por certo, no caso da decretação da prisão preventiva ou no caso em que tal prisão substitua a prisão em flagrante, não será possível cumulá-la com outra medida cautelar, posto que já se estará impondo ao investigado ou acusado o grau máximo de restrição cautelar, privando-o de sua liberdade de locomoção. Ou seja, a prisão preventiva somente pode ser imposta de forma isolada. Por outro lado, não sendo o caso da prisão preventiva, posto que as finalidades cautelares de assegurar a instrução processual (cautela instrumental) ou de garantir a aplicação da lei penal (cautela final) podem ser atingidas, de forma adequada, pela imposição de uma medida cautelar diversa da prisão e, portanto, menos gravosa, tais escopos cautelares poderão ser atingidos pela imposição de uma só das medidas diversas da prisão, por exemplo, proibição de ausentar-se da comarca, ou por mais de uma delas, imposta de forma cumulativa (a proibição de frequentar determinados lugares cumulada com a proibição de se ausentar da comarca). A cumulação de medidas cautelares pressupõe sua compatibilidade lógica.⁴⁸⁷

Para que o juiz possa aplicar mais de uma medida cautelar, deve se orientar pelo princípio da proporcionalidade, pois, o primeiro dever do juiz é descobrir qual ou quais medidas cautelares são adequadas ao caso concreto. Cabe-lhe, depois, fazer a dosagem da medida ou das medidas. A menos onerosa tem preferência (princípio da necessidade).

⁴⁸⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Op. Cit.*, p. 430.

⁴⁸⁶ STF, *HC 115.738/STF*, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª T, j. 03.09.2013, Dje 17.09.2013.

⁴⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. Cit.*, p. 724.

A aplicação de uma só medida tem primazia. Para que o juiz possa impor duas ou mais medidas a um único caso, deve fundamentar concretamente sua necessidade. A regra da cumulatividade, destarte, não é senão um desdobramento do subprincípio da necessidade (e da intervenção mínima) da intervenção estatal.⁴⁸⁸ O indiciado ou acusado pode responder ao processo em liberdade, sem nunca ter sido preso, embora deva respeitar alguma medida cautelar judicialmente imposta. É viável, ainda, ser o indiciado ou acusado colocado em liberdade provisória, com fiança, além de ser obrigado a cumprir determinada medida cautelar. Pode ser levado a cumprir duas medidas cautelares ao mesmo tempo. Em suma, várias hipóteses podem coexistir, desde que harmônicas e fundamentadamente impostas.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ BIANCHINI, Alice [et al.]. *Op. Cit.*, p. 68.

⁴⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 29.

7. PRAZO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

O legislador não fixou o prazo máximo para as medidas alternativas à prisão. Porém, isto não significa que seja possível a sua eternização. As medidas cautelares alternativas à prisão constituem medidas restritivas a direitos, aplicáveis durante o trâmite do processo. Nesta senda, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, da duração razoável do processo e a própria característica da provisoriedade das medidas cautelares, não se pode admitir que as medidas alternativas à prisão durem indefinidamente. Deve o magistrado, à luz da razoabilidade e dos critérios que guiam a sua análise (complexidade, conduta defensiva e atuação dos órgãos envolvidos com a persecução), verificar se houve ou não excesso de tempo. Porém, o raciocínio não pode ser tão estrito quanto em relação ao excesso de prazo na prisão do réu, pois as medidas alternativas à prisão são muito menos restritivas aos direitos fundamentais que a prisão cautelar e o aplicador não pode desconsiderar tal fator. De qualquer sorte, quanto maiores as restrições impostas ao preso, menor deve ser o lapso temporal de duração da medida ao longo do processo, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, a rigidez na análise do excesso de prazo na duração da medida deve ser proporcional à sua gravidade.⁴⁹⁰

As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas. Elas existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. O processo penal serve para a tutela da liberdade, assim como para a efetivação do direito de punir do Estado. O velho conflito entre liberdade e castigo também está presente nas medidas cautelares. As medidas cautelares constituem um meio para que a jurisdição alcance as suas finalidades. Nenhuma medida cautelar pode cumprir papel de pena.⁴⁹¹ O prazo máximo, a rigor, é o previsto para o término da instrução, que varia de acordo com a natureza do procedimento a ser seguido, cumprindo nesse passo que se observem as regras estabelecidas para o procedimento comum, que pode ser ordinário, sumário ou sumaríssimo. Aplicada uma determinada medida, com o passar do tempo e dos acontecimentos pode ocorrer que sua manutenção não mais se justifique, devendo o investigado ou acusado permanecer em liberdade, porém, sem qualquer restrição cautelar de natureza penal.⁴⁹²

⁴⁹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Op. Cit.*, p. 469.

⁴⁹¹ BIANCHINI, Alice [et al.]. *Op. Cit.*, p. 31.

⁴⁹² MARCÃO, Renato. *Op. Cit.*, p. 387.

O princípio da proporcionalidade, como foi visto anteriormente, exige do juiz a adequação quantitativa da medida cautelar imposta. Isso significa que não pode haver excesso. Nem a prisão nem qualquer outro tipo de medida cautelar pode durar além do (tempo) razoável. Todo excesso contraria frontalmente o princípio da proporcionalidade na medida em que retrata o desarrazoado, o abusivo. O sistema das medidas cautelares é totalmente incompatível com a regra da indeterminação temporal. Nenhuma medida cautelar, seja a de prisão ou de outra natureza, pode ser decretada de forma excessiva. Tampouco pode durar mais do que o necessário. Todo acusado tem o direito de ser julgado em prazo razoável. ⁴⁹³

⁴⁹³ BIANCHINI, Alice [et al.]. *Op. Cit.*, p. 60.

8. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Afirma Calamandrei⁴⁹⁴, que na França anos atrás, o proprietário de um clube noturno de Paris tinha dado o encargo a um pintor de decorar a sala de baile com afrescos, que representassem danças de sátiros e ninfas; e o pintor, para aumentar o interesse pela decoração mural, tinha pensado em poder dar aos personagens, que nessas coreografias figuravam em vestes superlativamente primitivas, os semblantes, facilmente reconhecíveis, de letrados e artistas muito conhecidos nos clubes mundanos. Na noite da inauguração uma atriz, que fazia parte da multidão dos convidados, teve a surpresa de reconhecer-se em uma ninfa que dançava em vestes extremamente sucintas; e visto que ela considerasse que essa representação fosse ofensiva para o seu decoro, iniciou contra o proprietário do local uma ação civil, para condená-lo a apagar a figura ultrajante e a ressarcir os danos; e nesse meio tempo pediu que, nas moras do julgamento, lhe fosse estabelecido cobrir provisoriamente aquele pedaço de afresco, que reproduzia a sua imagem em pose impudica. Registra ainda, que não sabia informar se os juízes franceses encontraram na lei o modo para estabelecer tal medida cautelar. Conclui sugerindo que se se reconhecesse ao juiz cível o poder geral de cautela de estabelecer medidas cautelares não previstas expressamente na lei.

O processo penal em geral, e em particular o brasileiro, é regido dentre tantos princípios pelo da legalidade. Dito isto, importa destacar que o processo penal brasileiro não admite a possibilidade de o magistrado lançando mão do chamado poder geral de cautela estabelecer medidas que não estejam expressamente previstas em lei.

Segundo Campos Barros⁴⁹⁵, a possibilidade jurídica na ação cautelar consiste em se verificar *prima facie*, se a medida cautelar pleiteada é admissível no estatuto processual ou em qualquer lei dessa natureza. Existe uma tipicidade processual não diferente da tipicidade de direito substancial. Portanto, importa verificar se o pedido do autor pode subsumir-se num dos modelos descritos nos preceitos normativos do direito vigente. Inexistindo no ordenamento a medida cautelar pleiteada, não há possibilidade jurídica para o pedido do autor.

⁴⁹⁴ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 77-78.

⁴⁹⁵ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Op. Cit.*, p. 58.

Até 2011, antes do advento da Lei nº 12.403, o sistema cautelar penal brasileiro dentro da sua incipiente forma, limitava-se à prisão cautelar e à liberdade provisória. Em razão da falta de uma clara sistematização, alguns julgados passaram a adotar o chamado poder geral de cautela penal ao permitirem a imposição de condições não previstas na legislação. Exemplo disso, a entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens, entre outras.

Em que pese a existência de opiniões divergentes, a exemplo de Sérgio Demoro Hamilton⁴⁹⁶, que acredita ser o poder geral de cautela atributo inerente ao exercício da jurisdição, por isso, defende que a simples razão de a lei de execução penal não prever a regressão cautelar não impede o juiz de atuar, não se pode deixar de concordar com a lição de Aury Lopes Júnior,⁴⁹⁷ que de maneira convincente afirma que no processo penal não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para poderes gerais, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo do estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o princípio da legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder. Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais poderes gerais de cautela.

Portanto, toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser adotada em obediência ao princípio da legalidade diante da agressão aos direitos fundamentais que gera.

⁴⁹⁶ HAMILTON, Sérgio Demoro. *O poder cautelar do juízo da execução penal*. In. *Temas de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 174.

⁴⁹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 790.

A edição da Lei nº 12.403/2011 vai ao encontro da impossibilidade da adoção de um poder geral de cautela no processo penal haja vista a tipificação de medidas que podem ser adotadas no curso da investigação e ou processo, bem assim, a inexistência de uma cláusula geral. O Brasil, encontra-se entre as nações com maior grau de consolidação da democracia e por isso, não pode transigir com direitos fundamentais a ponto de tolerar no processo penal o uso de um cheque em branco pelo aplicador do direito que pode por livre-arbítrio criar outras medidas além daquelas previstas em lei. Qualquer restrição fora desses limites é ilegal. Segue o juiz ou tribunal atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo criar outras medidas além daquelas previstas no ordenamento.

9. DETRAÇÃO PENAL NAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Consoante ensinamentos de Fauzi Choukr⁴⁹⁸, as medidas cautelares diversas da prisão, podem ser classificadas em restrições que incidem sobre a liberdade de locomoção e restrições que incidem sobre atividades profissionais em sentido amplo. As hipóteses restritivas de locomoção em substituição à prisão preventiva são: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas com o fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; d) proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; f) monitoramento eletrônico. As medidas alternativas que incidem sobre o exercício das atividades funcionais são a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

A liberdade – como a vida – é, na realidade, um direito personalíssimo, inalienável e indisponível e, por conseguinte, sua privação total deveria ser proibida. Os demais direitos, por serem disponíveis, por outro lado, permitem formas bem mais variadas e toleráveis de privação ou restrição.⁴⁹⁹

A detração é o cômputo, na pena privativa de liberdade ou medida de segurança, do tempo em que o condenado esteve recolhido em razão de prisão provisória no Brasil ou no exterior, ou em razão de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. A remição e a detração têm em comum a forma de contagem, pois, em ambos os casos, considera-se como pena cumprida.⁵⁰⁰ A detração penal consiste no abatimento

⁴⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 386.

⁴⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 188.

⁵⁰⁰ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 70-71.

na pena a ser executada do período de tempo já cumprido pelo condenado. Consta-se que este instituto contém na sua essência um elemento temporal que, evidentemente, não pode ser encontrado nas chamadas penas pecuniárias.

O art. 42 do CP⁵⁰¹, nos traz as hipóteses, onde em tese, incidirá o instituto da detração penal. A *prisão provisória* a que se refere a lei é a prisão processual, que pode ocorrer em virtude de atuação em flagrante delito, de prisão temporária ou de prisão preventiva, ou seja, em todas as hipóteses em que o criminoso é recolhido à prisão antes da prolação da sentença condenatória definitiva que autoriza a execução da pena. Computa-se, também, por razões humanitárias, o tempo em que o condenado esteve internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, no curso da ação penal, para realização do exame de sanidade mental ou porque determinada a internação provisória como medida cautelar, ou após o trânsito em julgado da condenação, no caso de superveniência de doença mental. Quando, todavia, a doença mental ou a perturbação da saúde mental eclodir durante a execução da pena privativa de liberdade, o juiz poderá determinar a substituição dessa pena por medida de segurança. Nessa hipótese, o prazo do recolhimento do sentenciado passará a ser regulado de acordo com as normas que regem a medida de segurança e não mais de acordo com os dispositivos relativos à execução da pena.⁵⁰²

Inexplicavelmente, a lei não se refere expressamente à contagem nas penas de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana do tempo de prisão provisória. Entendemos, porém, de que deve se reconhecer a detração penal nessa hipótese por medida de equidade. Não há óbice a que se compute na pena o tempo de prisão provisória cumprido em prisão domiciliar, que é uma modalidade de prisão provisória admitida nas hipóteses expressamente previstas em lei e que implica, igualmente, restrição à liberdade de locomoção.⁵⁰³ Não obstante a lei faça referência à pena *privativa da liberdade*, dando a entender que somente incide nessa modalidade de pena, a detração é também aplicável às penas restritivas de direito, inclusive porque são

⁵⁰¹ Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

⁵⁰² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, V. 1: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 255.

⁵⁰³ Idem, p. 255.

substitutivas da pena de prisão. Assim, se o réu ficou preso em flagrante por dois meses e vem a ser condenado à prestação de serviço à comunidade por doze meses, terá de prestar serviços por dez meses apenas. Não fosse assim, dar-se-ia uma inversão do princípio da proporcionalidade: penas mais brandas teriam um tratamento mais rigoroso, é dizer, condenados em tese mais perigosos teriam um tratamento mais suave. Além da prisão provisória, deve ser também considerado, para efeito de detração, o tempo de medida cautelar diversa da prisão a que o réu ficou submetido durante a ação penal.⁵⁰⁴

Em Portugal, segundo a doutrina de Carlota Pizarro⁵⁰⁵, a detração está assim sistematizada: “a detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação sofridas pelo arguido no processo em que vier a ser condenado são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão que lhe for aplicada. Se for aplicada pena de multa, a detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação são descontadas à razão de 1 dia de privação da liberdade por, pelo menos, 1 dia de multa. Se a pena imposta por decisão transitada em julgado for posteriormente substituída por outra é descontada nesta a pena anterior, na medida em que já estiver cumprida. Se a pena anterior e a posterior forem de diferente natureza é feito na nova pena o desconto que parecer equitativo. É descontada, qualquer medida processual ou pena que o agente tenha sofrido, pelo mesmo ou pelos mesmos factos, no estrangeiro.

Na Espanha, os arts. 58 e 59 do Código Penal⁵⁰⁶, estabelecem que a detração ou abono devem incidir sobre as medidas cautelares diversas da prisão, inclusive, quando possuírem natureza distinta, ficando a cargo do juiz a operação aritmética de compensação.

⁵⁰⁴ QUEIROZ, Paulo. *Op. Cit.*, p. 491.

⁵⁰⁵ ALMEIDA, Carlota Pizarro de [et al.]. *Código penal Português anotado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 103-104.

⁵⁰⁶ Artículo 58. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa. 4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente. Artículo 59 Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

Conforme lição de Alberto Silva Franco⁵⁰⁷, a detração penal possui como fundamento o princípio da equidade e a proibição do *bis in idem*. Logo, seus efeitos devem incidir sobre qualquer hipótese de medida cautelar que *prive* ou *restringa* a liberdade do investigado ou acusado. Não é cediço que um dos fundamentos da pena é a ressocialização do sentenciado, logo, se ele, ainda durante inquérito ou processo, se submeteu e cumpriu medidas cautelares que lhe foram impostas, nítido está a sua mudança de comportamento no sentido de agora atuar conforme ao ordenamento jurídico, devendo tal ato ser computado na detração penal, eis que se filiam aos objetivos da pena.

⁵⁰⁸ As medidas cautelares, mesmo diversas da prisão, produzem um constrangimento no imputado, uma limitação em seus direitos, embora, de menor intensidade do produzido pelo recolhimento ao cárcere. As medidas cautelares, inclusive a prisão, não representam uma antecipação da tutela penal material, mas se situam na perspectiva de assegurar a instrumentalidade do devido processo legal, desde a fase preparatória do processo penal até a eficácia do resultado deste (aplicação da lei penal). Por isso, as medidas alternativas à prisão preventiva se inserem na tutela penal assecuratória, não antecipatória da tutela material e nem com funcionalidade satisfativa.⁵⁰⁹ Essas novas medidas cautelares devem cumprir certamente as mesmas finalidades que até hoje vem sendo cumpridas exclusivamente pela prisão cautelar. A propósito, o art. 282, inciso I do CPP⁵¹⁰, expressamente elenca tais finalidades: garantia para a aplicação da lei penal; garantia para a investigação ou a instrução criminal; garantia da ordem pública (evitar a prática de infrações penais).⁵¹¹ Se o fundamento da detração penal consiste na vedação ao *bis in idem*, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos fundamentais do cidadão, inclusive no caso de medidas cautelares alternativas, qualquer que seja a intensidade da ingerência.⁵¹²

⁵⁰⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 113.

⁵⁰⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. *Op. Cit.*, p. 220.

⁵⁰⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. Cit.*, p. 101.

⁵¹⁰ As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

⁵¹¹ BIANCHINI, Alice [et al.]. *Op. Cit.*, p. 187.

⁵¹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Mais reflexões sobre a lei 12.403/2011*. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 223, junho de 2011, p. 13.

O cômputo do desconto do tempo de privação de liberdade sofrido preventivamente não requer maiores dificuldades, no entanto, surgem complicadores quando a pena imposta é de outra natureza, por exemplo, multa, ou quando a privação de direitos cautelarmente determinada é heterogênea em relação à pena imposta. Porém, nem por isso, deve-se deixar de descontar o período. Com relação ao caso de medidas cautelares alternativas heterogêneas, por possuírem natureza distinta da prisão, o desconto deve ser realizado tomando como referência uma compensação proporcional.⁵¹³

Segundo o Tribunal Supremo da Espanha⁵¹⁴, toda privação de direitos sofrida legitimamente durante o processo constitui uma antecipação da pena que não pode produzir efeitos contra o acusado. Se se negasse esta compensação da perda de direitos se violaria o princípio da culpabilidade, pois seria desconhecer que o autor do delito já extinguiu uma parte de sua culpabilidade com dita perda de direitos e que isso deve ser-lhe compensado na pena imposta. Assim, será preciso estabelecer um juízo fundado de proporcionalidade entre a concreta restrição sofrida e a possibilidade, oportunidade e procedência de compensação, na execução da pena de distinta natureza, juízo que explique os critérios levados em conta e permita o controle da decisão.

Importante consignar, que existe decisão do Superior Tribunal de Justiça⁵¹⁵, afirmando que, se as restrições ao direito de locomoção do réu forem desproporcionais, será possível a incidência da detração, como forma de compensar os gravames originados do castigo antecipado.

⁵¹³ QUEIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho penal: parte general*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 2010, p. 1370-1371.

⁵¹⁴ MADRUGA, Florencio de Marcos. *Comentarios al código penal*, 2010. In: SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 716.

⁵¹⁵ PENAL. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO DA PENA. PERÍODO SUJEITO A GRAVES RESTRIÇÕES A LIBERDADE INDIVIDUAL. CP, ART. 42. O Código Penal arrola de modo exaustivo, as hipóteses de detração da pena condenatória – prisão provisória, prisão administrativa e internação em estabelecimento hospitalar ou equivalente. Sendo, todavia, imposto ao réu severas restrições ao direito de locomoção, antes de decretar-lhe o édito de condenação, há de se efetuar a detração desse lapso temporal da pena imposta, como forma razoável de compensação em face dos gravames consequentes do castigo antecipado. Habeas corpus concedido. (STJ - HC: 3109 RJ 1994/0039052-1, Relator: Ministro Adhemar Maciel, Data de Julgamento: 28/03/1995, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24/06/1996 p. 22806).

CONCLUSÃO

Ao término da presente pesquisa, e sem a pretensão de esgotar o objeto do estudo, até porque representaria a mais absoluta ingenuidade, dada a complexidade de que se reveste a temática, entende-se possível, apresentar as principais conclusões alcançadas no desenrolar desta pesquisa. A finalidade do trabalho foi fazer uma abordagem a respeito da possibilidade ou não de se autorizar a incidência da detração penal face à inserção no ordenamento jurídico pátrio de novas medidas cautelares de cunho pessoal que passaram a ser o intermédio entre a prisão e a concessão de liberdade provisória. A partir da investigação científica desenvolvida foi possível apresentar um panorama sistematizado de como proceder ao cálculo para a compensação nas hipóteses de medidas cautelares diversas da prisão. Inicialmente, convém esclarecer, que vários sistemas de outros países preveem a possibilidade da detração como forma de compensar as medidas cautelares diversas da prisão. No caso do Brasil, a prisão provisória quando decretada, serve de instrumento ao bom andamento do processo. De igual sorte, as medidas cautelares de cunho pessoal, atendem a mesma finalidade da prisão provisória, o que nos leva a crer que se ambos os institutos tutelam o bom andamento do processo não haverá, *a priori*, obstáculo à admissão da incidência da detração nas hipóteses de medidas cautelares diversas da prisão. Ora, se tanto a prisão provisória quanto as medidas cautelares diversas da prisão servem para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal não nos resta outra alternativa, senão o reconhecimento da aplicação da detração penal em casos tais. Superada a admissão, só nos resta formular um método adotando como nascedouro as próprias disposições constantes do universo jurídico para a compensação conforme a gravidade da medida cautelar alternativa à prisão na limitação da liberdade de locomoção do indivíduo. Infere-se, pois, que não há qualquer óbice para que se ingresse na segunda etapa da conclusão que é a apresentação de parâmetro para a compensação das medidas cautelares diversas da prisão em cotejo com o instituto da detração.

Adotando-se como ponto de partida a lei, tem-se que nas hipóteses de prisão provisória (flagrante, temporária e preventiva), de prisão administrativa e de internação em estabelecimento de custódia e tratamento, estas modalidades de restrição da liberdade implicarão no desconto penal diretamente proporcional de 1 (um) para 1 (um). Ou seja, para cada dia de restrição será descontado o mesmo período na eventual pena fixada em definitivo pela sentença penal condenatória. Importante trazer a lume que mesmo na

hipótese de penas materialmente heterogêneas como no caso de privativa de liberdade e restritiva de direitos o Código Penal admite esta mesma lógica permitindo a detração de forma igualitária. É exatamente o que ocorre quando o condenado ficou preso provisoriamente por certo período, depois foi condenado a pena privativa de liberdade que face à possibilidade de substituição por restritiva de direitos foi efetivada, e posteriormente descumpre injustificadamente as condições impostas. Nesse caso, terá na pena convertida em privativa de liberdade o desconto equitativo referente ao período de cumprimento da pena restritiva de direitos. Isto é, a lei autoriza a detração penal de forma igual mesmo tratando-se de pena privativa de liberdade e restritiva de direitos.

A detração penal possui como razão de existência os princípios da proibição de *bis in idem* e da equidade, por isso, os efeitos que derivam da sua aplicação devem ter incidência sobre qualquer medida cautelar que limite a liberdade de locomoção do investigado ou acusado, seja privando-o, seja restringindo-o dessa liberdade de locomoção. Vale consignar, que mesmo o legislador não tendo contemplado a previsão de detração penal para as hipóteses de medidas cautelares distintas da prisão, cabe a sua aplicação em nome da analogia *in bonam partem*. Portanto, passa a ser tarefa do intérprete identificar dentro do sistema jurídico um modelo que possa ser utilizado na compensação das medidas cautelares como forma de fazer incidir o instituto da detração. É preciso conscientizar a comunidade jurídica de que os avanços promovidos pela legislação precisam ser colocados em prática sob pena de se inviabilizar a dicção legislativa. Sabe-se que há certo ranço por parte dos operadores do direito mesmo na aplicação das medidas cautelares penais quanto mais em relação ao reconhecimento da detração penal.

Superada a admissão da detração em algumas medidas cautelares de natureza pessoal, cabe-nos a partir dessa conclusão, oferecer um modelo que a partir do sistema jurídico vigente possa ser utilizado pelo intérprete do direito.

Inicialmente, irei tratar da cautelares que em razão da restrição que causam ao direito de liberdade do investigado ou acusado geram a detração de forma paritária. Com relação ao monitoramento eletrônico com finalidade de detenção, utilizado para assegurar que o indivíduo permaneça em determinado local, temos que se trata de verdadeira prisão, pois, afastado o ranço de que só existe prisão quando se visualizam as paredes da mesma, o monitoramento-detenção, em que pese não possua limites físicos-visuais, impõe a existência de muros virtuais, que uma vez transpostos possibilita a cassação da medida cautelar e a aplicação da prisão nos moldes convencionais. Por isso, não há como deixar

de reconhecer no caso de aplicação da medida cautelar de monitoramento-detenção a detração de forma paritária. Afora, a permanência em ambiente prisional insalubre, em geral, os outros efeitos são semelhantes, pois há vigilância remota e limite geográfico para a locomoção. Diante da falência do sistema prisional, devo reconhecer que o monitoramento eletrônico representa a prisão do século XXI. É preciso romper com o passado!

No que se refere à prisão domiciliar, de igual forma, a exemplo do que se dá com o monitoramento eletrônico, também, deverá ser reconhecida a detração de maneira paritária, haja vista que possui o mesmo efeito da prisão convencional intramuros, com diferença apenas no que pertine ao cumprimento que se dá distante de outros detentos. Por isso, não há como deixar de reconhecer a incidência da detração penal na espécie sob pena de se cometer grave injustiça ao punir o condenado duas vezes.

Dúvida não há com relação à internação provisória, pois o próprio Código Penal contempla semelhante disposição, devendo a compensação se dar na proporção de 1 (um) para 1 (um). Relevante notar, que a detração aqui tratada diz respeito ao tempo fixado pelo juiz para a realização do primeiro exame de cessação da periculosidade.

O recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, para efeito de detração, precisa ser bipartido para que se possa proceder ao cálculo de maneira justa, por isso, na parte concernente ao recolhimento noturno deve-se fazer incidir a disposição referente à remição de pena prevista na Lei de Execuções penais que determina que o cálculo seja feito tomando como parâmetro a proporção de 3 (três) para 1 (um), pois, referida hipótese se assemelha ao condenado que cumpre pena em regime semiaberto e está no gozo do trabalho externo. Já no que tange ao recolhimento nos dias de folga não há como proceder de outra forma, sob pena de ser injusto, senão reconhecendo a aplicação da detração de forma igualitária, ou seja, 1 (um) para 1 (um) para os dias de efetivo recolhimento.

Tarefa mais árdua, diz respeito as outras medidas cautelares de natureza pessoal, no entanto, é perfeitamente possível a incidência da detração penal nelas, exceto com referência a fiança, ao comparecimento periódico em juízo, a proibição de manter contato com pessoa determinada, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e a proibição de ausentar-se do país, pois, estas medidas não possuem impacto suficiente no direito de liberdade do investigado ou acusado a ponto de suscitarem o desconto penal, ainda que cumuladas com outras que desafiem a

aplicação da detração. Em que pese a fiança tenha sido guindada à condição de medida cautelar pessoal não perdeu a sua natureza jurídica de garantia real, portanto, inviável qualquer compensação pelo pagamento de quantia em dinheiro ou de outros objetos de valor. Já o comparecimento periódico em juízo não gera limitação suficiente a ponto de ensejar eventual compensação penal. A proibição de contato com pessoa determinada, de igual forma, não incide sobre o direito de liberdade do investigado ou acusado, o que nos faz crer ser ilógica a detração penal, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Com relação a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, o impacto se dá no plano das finanças e não da liberdade, por isso, inadmissível a utilização do desconto penal. A proibição de ausentar-se do país também não faz incidir a detração penal, haja vista que a liberdade de locomoção para outras nações consiste em direito reflexo, consistindo em desdobramento do direito de circular livremente no território nacional, pois enquanto estiver respondendo a processo, e for necessário o recolhimento do passaporte, deve permanecer nos limites do território nacional, inclusive, evitando-se com a medida, eventual fuga para países que não possuem tratado de extradição com o Brasil, por essas razões, inviável a adoção da detração na espécie.

Ao analisar as medidas de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares e proibição de ausentar-se da Comarca, conclui-se que em tais situações, há inegável interferência estatal no direito de liberdade do indivíduo, ainda que relativa, por isso, o intérprete, nos moldes propugnados pela Lei de Execuções penais deverá fazer incidir a detração no mesmo patamar utilizado para a remição penal, ou seja, para cada 3 (três) dias de medida cautelar, 1 (dia) de desconto na pena.

Importante registrar que a detração penal deve incidir independentemente da qualidade das penas, pois, pensar de outra forma é celebrar a injustiça. Ademais, tanto o juiz da condenação quanto o da execução penal poderão decidir acerca da compensação penal nas hipóteses das medidas cautelares diversas da prisão que admitem a aplicação da detração analógica. Vale salientar também, que havendo a aplicação cumulada de medidas cautelares o magistrado deverá adotar como ponto de partida para o cálculo da detração a medida alternativa mais grave e com base nela, proceder ao desconto.

Por fim, é possível oferecer um quadro comparativo com o fito de facilitar a compreensão das argumentações acima desafiadas e a utilização proporcional da detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão pelo operador do direito. Desta forma, o

aplicador do direito terá um norte que o ajudará no momento em que tiver de fazer incidir a compensação penal, atuando dentro dos limites da razoabilidade, fazendo valer a equidade, a vedação ao *bis in idem* e a aplicação analógica.

REFERÊNCIAS

- AGUILERA, Abel Téllez. *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Madrid: Edisofer, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de [et al.]. *Código penal Português anotado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- AÑEZ, William Herrera. *Derecho procesal penal (El nuevo proceso penal)*. Santa Cruz de la Sierra: Editorial Universitaria, 1999.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Rubi Artes Gráficas, 1981.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. *Monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2000, www.jahr.org.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 2002.

- BIANCHINI, Alice (et al.); coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. *Prisões e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, Trad. Ari Marcelo Solon, São Paulo: Edipro, 2011.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Fiança não pode ser aplicada como antecipação da pena*. Disponível em: www.conjur.com.br Acesso em 22.02.2015.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico*. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. V. 36: 2008. Disponível em: www.seer.ufu.br Acesso em 17.02.2015.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Mais reflexões sobre a lei 12.403/2011*. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 223, junho de 2011.
- BRITO, Alexis Couto de [et al.]. *Processo pena brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BURRELL, William D. *From b. f. skinner to spiderman to Martha Stewart: the past, presente and the future of eletronic monitoring of offenders*. Disponível em: www.tandfonline.com. Acesso em 17.02.2015.
- CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal, v. 2*. Trad.: Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO, Paula Marques. *Manual prático de processo penal*. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CATENA, Victor Moreno. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- CHÉVEZ, Héctor González. *Las medidas cautelares em el proceso penal*. México: Ediciones Coyocán, 2009.
- CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai [Coord.]. *Processo penal e estado de direito*. Campinas: Edicamp, 2002.

- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento penal, Tomo II*. Santa Fé de Bogotá - Colômbia: Editorial Temis S.A., 2000.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CUÉLLAR CRUZ, Rigoberto [et al.]. *Derecho procesal penal de Honduras: manual teórico-prático*. Tegucigalpa: Editorial Espanhola, 2004.
- CURY, Rogério. *Estudo comparado da lei n. 12.403/2011: prisão e medidas cautelares*. São Paulo: Rideel, 2011.
- DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DOTTI, René Ariel [et al.]. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000.
- FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960.
- FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1952.
- FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer S L, 2012.
- FERNANDES, Antonio Sacarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. De: Ana Paula Zomer Sica [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad.: L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934.

- FONSECA, André Luiz Filo-Creão da. *O monitoramento e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Trad. De: Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.
- FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão cautelar no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FUNES, Mariano Ruiz. *La crisis de la prisión*. La Habana, 1949.
- GABLE, Robert S. *Left to their own devices: should manufacturers of offender monitoring equipment be liable for design defect?* Disponível em: www.illinoisjltip.com. Acesso em 17.02.2015.
- GEMAQUE, Silvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais, T. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- GOMES, Luiz Flávio. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. Coord. Flávia Piovesan [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães (et al.); coordenação Og Fernandes. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães (et al.); coordenação Geraldo Prado. *Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GONÇALVES, Fernando. *As medidas de coação no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2011.
- GOYENA, Julio César Espinoza. *Brazalete electrónico, a propósito de la detención domiciliaria*. Disponível em: www.incipp.org.pe/detenciondomiciliaria. Acesso em 18.02.2015.
- GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (et al.). *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

- HAMILTON, Sérgio Demoro. *O poder cautelar do juízo da execução penal*. In. *Temas de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. De: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: CNPC, 2008.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011.
- LEVENE, Ricardo. *Manual de derecho procesal penal: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil, v. 1*. Tocantins: Intellectus Editora, 2003.
- LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal (vol. I)*. Niterói, RJ: Impetus, 2011.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal, volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JR., Aury [et al.]. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- MADRUGA, Florencio de Marcos. *Comentarios al código penal, 2010*. In: SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MANRUBIA, Jose Portal. *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores*. Madrid: Grupo Difusión, 2008.
- MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal, v. IV*. São Paulo: Bookseller, 1997.
- MARREY, Adriano [et al.]. *Teoria e prática do júri: doutrina, roteiros práticos, questionários e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Forense, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica v. I: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad.: Tadeu Antonio Dix Silva [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montivideo: Editorial B de F, 2013.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, V. 1: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NASCIMENTO, Rogério J. B. Soares do. *Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NASCIMENTO, Rogério Soares. *Abuso do poder de legislar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 49-50.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela lei n. 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PACCELI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da lei n. 12.403/2011*. São Paulo: Atlas, 2011.
- PACCELI, Eugênio. *Curso de processo penal (atualização)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PALAO, Julio Banacloche. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*. Madrid: La Ley, 2011.
- PASTOR, Daniel. *Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal*. Disponível em: <<http://www.derecho.uchile.cl/.../Articulo%20sobre%20plaz>> Acesso em: 12 de dezembro de 2014.
- POLASTRI, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei n. 11.340/2006: análise crítica e sistêmica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

QUEIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de derecho penal: parte general*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RIQUELME, Vitor B. *Instituciones de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *Fiança criminal e liberdade provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *Cárcel eletrônica: de la cárcel física a la cárcel mental*. Revista del Poder Judicial, n° 79, 2005.

ROSAS, Roberto. *Do abuso de direito ao abuso de poder*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. Salvador: Juspodivm, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2014.

SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Lei n. 12.403/2011: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

TASSE, Adel El. *Cautelares no processo penal: comentários à lei n. 12.403/2011*. Curitiba: Juruá, 2012.

TÁVORA, NESTOR. ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TORTOSA, Virginia Pujadas. *Teoria general de medidas cautelares penales*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, V. 3*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TOVO, Paulo Cláudio. *Princípios de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- VILAR, Silvia Barona. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988.
- VOLTAIRE, 1694-1778. *O preço da justiça*. Trad. De: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latino-americana*. Bogotá: Temis.
- WEDY, Miguel Tedesco *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANEXO

QUADRO COMPARATIVO

MEDIDAS CAUTELARES Arts.318, 319 e 320, CPP	CABIMENTO DA DETRAÇÃO PENAL	PROPORÇÃO OU RAZÃO
MONITORAMENTO ELETRÔNICO	SIM	1 PARA 1
PRISÃO DOMICILIAR	SIM	1 PARA 1
INTERNAÇÃO PROVISÓRIA	SIM	1 PARA 1
RECOLHIMENTO NOS DIAS DE FOLGA	SIM	1 PARA 1
RECOLHIMENTO NOTURNO	SIM	3 PARA 1
PROIBIÇÃO A DETER- MINADOS LUGARES	SIM	3 PARA 1
PROIBIÇÃO DE AUSÊN- CIA DA COMARCA	SIM	3 PARA 1
FIANÇA	NÃO	-----
COMPARECIMENTO PERIÓDICO	NÃO	-----
PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO	NÃO	-----
SUSPENSÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA	NÃO	-----
PROIBIÇÃO DE AUSEN- TAR-SE DO PAÍS	NÃO	-----